

**DIE STRAFLOSIGKEIT
DER TEILNAHME AM
SONDERDELIKT**

Georg Bambach

1964

DIE STRAFLOSIGKEIT DER TEILNAHME AM SONDERDELIKT

**Inauguraldissertation
zur Erlangung des Doktorgrades
der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der
Johann-Wolfgang-Goethe-Universität
zu Frankfurt am Main**



vorgelegt von
Georg Bambach
Gerichtsreferendar
aus Bensheim/Bergstraße

1963

Erstgutachter: Prof. Dr. Class

Zweitgutachter: Prof. Dr. Dr. Preiser

Tag der mündlichen Prüfung: 26. Februar 1964

INHALT

	Seite
Gliederung (mit Seitenzahlen)	IV — VI
Text der Arbeit	1 — 98
Literaturverzeichnis, zugleich Angabe der Zitierweise	99 — 103
Lebenslauf	104

Das Problem

1 § 1

Erster Hauptteil**Kritische Betrachtung der bisher vertretenen Meinungen****A. Die Rechtsprechung**

- | | | |
|---|---|-----|
| I. Die Praxis nach 1945, insbesondere der Bundesgerichtshof | 5 | § 2 |
| II. Das Reichsgericht und das Preußische Obertribunal nach 1871 | 7 | § 3 |

B. Die Literatur

- | | | |
|--|----|-----|
| Übersicht | 18 | § 4 |
| I. Erste Gruppe: Die Beteiligung des Extraneus am echten Sonderdelikt ist strafbar aus dem Strafrahmen des Sonderdelikts | 19 | |
| 1. Nur im Falle von Anstiftung und Beihilfe | 19 | § 5 |
| a Autoren ohne nähere Begründung
(Schönke-Schröder, Schäfer, Olshausen, Baumann, Wegner, Theis) | 19 | |
| b Der Umkehrschluß aus § 50 II StGB
(M. E. Mayer, Frank, Maurach, Redslob, Krug) | 20 | |
| c Die akzessorische Natur der Teilnahme
(Schwarz-Dreher, v. Liszt-Schmidt, Beling, Birkmeyer, von der Lühe) | 20 | |
| d Die Lehre von der Schuldteilnahme
(Maurach, Jagusch, H. Mayer, Less, Schaffstein) | 23 | |
| e Sonstige Begründungsversuche
(Niethammer, Sauer, Nagler, Hans-Hermann Meyer) | 23 | |
| 2. Auch die — mittelbare — Täterschaft eines Extraneus ist strafbar
(Oetker, von Hippel, Conrad, von Bar, Allfeld, Hafter) | 30 | § 6 |

II. Zweite Gruppe (Mittelmeinung): Der Strafrahmen des Sonderdelikts ist für Außenstehende herabzusetzen (Mezger, Welzel, Lange, H. Mayer, Binding, Germann)	31	§ 7
III. Dritte Gruppe: Strafbegründende und strafändernde persönliche Merkmale sind gleichzubehandeln .	32	
(Es entscheidet sich nach sachlichen Kriterien, ob sie — in beiden Fällen! — übertragbar sind oder nicht)		
1. Die Lehren von Birkmeyer, Redslob, Krug, Kohlrausch und Hardwig	33	§ 8
2. Unübertragbar sind nur solche Merkmale , die sich allein auf die Schuld und die Strafe beziehen (Zimmerl, Piotet)	39	§ 9
3. Auch solche Umstände , die sich auf die Rechtswidrigkeit beziehen (z. B. die Beamteneigenschaft), dürfen auf andere Teilnehmer nicht übertragen werden (Köstlin, Kohler, Schwarze, Bähr)	46	§ 10

Zweiter Hauptteil

Begründung der eigenen Meinung

A. Der Ausgangspunkt	56	§ 11
B. Die Auslegung des § 50 StGB	57	
I. Strafbegründende und strafändernde Merkmale müssen gleichbehandelt werden	58	§ 12
1. Der Wortlaut des § 50	58	
2. Die Motive	63	
3. Systematische Überlegungen	68	
4. Umkehrschluß oder Analogie?	71	
5. Der Gleichheitsgrundsatz, Art. 3 GG	74	
6. Ergebnis	79	

II. Nach welchen sachlichen Maßstäben bemißt sich die Übertragbarkeit (Oder: Was ist ein „besonderer“ persönlicher Umstand i. S. des § 50 II) ?	80	§ 13
1. Prozeßvoraussetzungen und reine Strafbarkeitsmerkmale	81	
2. Schuld-elemente	81	
3. Merkmale, die sich auf die Rechtswidrigkeit beziehen	82	
4. Reine Bestandteile der Tatbestandsmäßigkeit	83	
III. Ergebnis der Auslegung des § 50	85	§ 14

C. Die Folgen der — richtigen — Auslegung des § 50 für die Teilnahme an »Sonderdelikten«

I. Die besondere Eigenschaft betrifft nur die Erreichbarkeit des Tatobjekts	87	§ 15
II. Der Gesetzesbefehl ist nur an die mit der „besonderen Eigenschaft“ ausgerüsteten Bürger gerichtet (insbesondere die Amtsdelikte)	89	§ 16

D. Kurze Zusammenfassung der eigenen Lösung; Definition des Sonderdelikts

Schlußbemerkung:

Das Wehrstrafgesetz und der Entwurf eines StGB 1960	95	§ 18
---	----	------

Das Problem

Mit dieser Arbeit soll nachgewiesen werden, daß die Teilnahme eines Extraneus an einem Sonderdelikt nicht strafbar ist: Die besondere Qualität eines Tatbeteiligten ist für die Strafbarkeit der übrigen Beteiligten ohne Einfluß.

Die herrschende Meinung¹ erkennt diesen Satz nur für die sogenannten „unechten Sonderdelikte“ an, das heißt für die Fälle, in denen ein besonderes persönliches Merkmal die Strafe lediglich erhöht², nicht aber dann, wenn dieses Merkmal die Strafe begründet, also bei den echten Sonderdelikten.

Folgende Fragen sind dabei zu klären: einmal, was man sich unter dem Begriff „Sonderdelikt“ vorzustellen hat; zum anderen, warum die besondere persönliche Eigenschaft eines Beteiligten beim unechten Sonderdelikt für die anderen Teilnehmer unbeachtlich bleibt, und warum — im Gegensatz zur herrschenden Meinung — die hier gültigen Grundsätze beim echten Sonderdelikt gleichfalls angewendet werden müssen.

Es wird sich im Verlauf der Arbeit zeigen, daß man erst dann eine klare Definition des Begriffs „Sonderdelikt“ gewinnen kann, wenn die Maßstäbe festgelegt sind, nach denen die ‚Übertragbarkeit‘ oder ‚Nichtübertragbarkeit‘ persönlicher Umstände festzustellen ist³.

Die herrschende Meinung begnügt sich meist mit dem Hinweis, daß als Sonderdelikte alle die Straftaten aufzufassen seien, bei denen „besondere Merkmale vorausgesetzt sind“⁴. Diese besonderen Merkmale müßten jedoch lediglich bei den „(Mit-)Tätern und mittelbaren Tätern“⁴ vorliegen. Als Anstifter und Gehilfen könnten sich aber auch diejenigen beteiligen, denen diese besonderen Merkmale fehlten⁴. Nur selten wird versucht, diese ‚besonderen Merkmale‘ näher zu definieren, also zu sagen, in welchen Teil des allgemeinen Deliktsbegriffs sie gehören, ob zur Tatbestandsmäßigkeit, zur Rechtswidrigkeit oder zur Schuld⁵.

Auch für diese Arbeit soll zunächst, nämlich für den ersten, kritischen Teil, diese sehr allgemeine Definition zugrundegelegt werden. Als ‚Sonderdelikte‘ werden daher fürs erste alle die Straftaten verstanden, zu deren Verwirklichung ein ‚besonderes Merkmal‘ erforderlich ist. Anders als auf der Grundlage dieser sehr weiten Begriffsbestimmung ist eine Auseinandersetzung mit der herrschenden Lehre terminologisch nicht möglich, da die Auffassungen, was denn nun **sachlich** unter einem Sonderdelikt verstanden werden soll, im einzelnen zu sehr auseinandergehen⁶.

Einigkeit besteht wenigstens in einer Frage, nämlich darin, daß die **Amtsdelikte** zu den Sonderdelikten zu zählen sind⁷. Es ist verständlich, daß daher an diesem wenigstens terminologisch ruhenden Punkt die sachlichen Differenzen mit einiger Aussicht auf Verständlichkeit angeknüpft werden konnten und sich auch, soweit abweichende Meinungen vertreten wurden⁸, an dieser Frage entzündet haben. Im ersten, kritischen Teil dieser Arbeit ist daher auch hauptsächlich auf die zu den Amtsdelikten als unbestreitbaren ‚Sonderdelikten‘ vertretenen Meinungen einzugehen. Bevor nun diese Auffassungen im einzelnen dargestellt und kritisiert werden, soll durch einige allgemeine Überlegungen sowie durch einige Beispielfälle gezeigt werden, daß die Strafbarkeit eines am echten Sonderdelikt teilnehmenden Extraneus gar nicht so über jeden Zweifel erhaben ist, wie man es eigentlich angesichts einer seit dem Jahre 1870

¹ Vergleiche unten § 2 bis § 5 einschließlich

² oder vermindert oder ausschließt; es bewendet dann bei der Strafe des Grunddelikts.

³ Dies ist auch nicht verwunderlich, da die **Wirkungen**, die sich aus der Bewertung eines bestimmten Delikts als ‚Sonderdelikt‘ ergeben, fast ausschließlich im Gebiet der Teilnahme auftreten, allenfalls noch bei der Versuchsbefehle (untaugliches Subjekt). So finden sich auch in den Lehrbüchern und Kommentaren Ausführungen zum ‚Sonderdelikt‘ ausschließlich innerhalb der jeweils der Teilnahme gewidmeten Abschnitte; vgl. etwa Schöke-Schröder S. 263 (Anstiftung), S. 268 (Beihilfe), S. 236 (mittelbare Täterschaft), S. 259 (Mit-täterschaft).

⁴ Vgl. etwa Schwarz-Dreher, § 1 Vorbem. C 2)

⁵ Vgl. die Nachweise bei Frühauf, S. 4 ff; Frühauf selbst versteht die Sonderdelikte so, daß bei ihnen „der Gesetzesbefehl nur die ‚intraanei‘ anspreche“. Es wird sich zeigen, daß diese Definition zutrifft, vgl. unten §§ 15 ff, zusammenfassend § 17.

⁶ So will etwa Welzel auch die unechten Unterlassungsdelikte als echte ‚Sonderdelikte‘ verstanden wissen, vgl. Lehrs. S. 58; die Verwirrung wird vollkommen, wenn auch die Verleitung zum Falscheid (§ 160) zum ‚Sonderdelikt‘ ernannt wird (a. a. O. S. 22). Wo bei § 160 ein besonderes Merkmal gefunden werden soll, ist unklarlich. Eine andere Möglichkeit ist allerdings die, daß der Begriff ‚Sonderdelikt‘ nur ausdrücken soll, daß das jeweilige Delikt „irgend etwas besonderes an sich habe“. Derartige allgemeine Empfindungen scheinen bei der Erklärung, ein bestimmtes Delikt sei ein Sonderdelikt, auch in sonstigen Fällen oft Pate gestanden zu haben.

⁷ d. h. also, daß die Beamteneigenschaft als ‚besonderes Merkmal‘ im Sinne des § 50 II anerkannt ist.

⁸ vgl. unten § 6 bis § 10

in der Literatur überwiegend, in der Praxis ausschließlich vertretenen Meinung annehmen sollte.

Ein Blick über die Grenze, nämlich nach Österreich, zeigt überraschenderweise, daß es dort eine genau entgegengesetzte, ebenso überwiegend und zeitlich sogar noch länger⁹ herrschende Lehre gibt, die die Strafbarkeit der Teilnahme am Sonderdelikt ablehnt: „Strafbegründende Umstände und Eigenschaften, welche beim Täter, nicht aber bei Mitschuldigen oder Teilnehmern vorliegen (z. B. Beamteneigenschaft bei den echten Amtsdelikten) begründen grundsätzlich nicht die Strafbarkeit der Mitschuldigen oder Teilnehmer.“¹⁰ Diese Auffassung kann sich nicht etwa auf eine ausdrückliche gesetzliche Regelung berufen; im Gegenteil, der unserem § 50 II¹¹ entsprechende § 5 II ÖStGB ist noch enger gefaßt. „Entschuldigungsumstände, welche die Strafbarkeit für den Täter oder ... Teilnehmer nur vermöge persönlicher Verhältnisse desselben aufheben, sind auf die übrigen Mitschuldigen oder Teilnehmer nicht auszudehnen.“¹²

Obwohl also die entsprechende Vorschrift des ÖStGB dem Wortlaut nach nur für solche persönliche Verhältnisse gilt, die sich auf die **Schuld** beziehen, und noch nicht einmal auf alle derartigen Merkmale, sondern nur auf solche, die die Schuld **aufheben**, haben Theorie und Praxis in Österreich keine Bedenken getragen, dieses dem Wortlaut nach nur für einen kleinen Teil aller persönlichen Umstände, nämlich die schuld ausschließenden, angeordnete Übertragungsverbot auf sämtliche persönlichen Merkmale auszudehnen¹³.

Dagegen gehen die oberen deutschen Gerichte — unter weitgehender Zustimmung der Literatur¹⁴ — bei der Beurteilung eines an einem Amtsdelikt¹⁵ teilnehmenden Nichtbeamten von folgenden Thesen aus:

1. Ein Außenstehender kann niemals Täter, auch nicht mittelbarer Täter eines Sonderdelikts sein¹⁶.
2. Anstiftung und Beihilfe eines Außenstehenden sind dagegen unbeschränkt möglich. Der anstiftende Privatmann unterliegt also beim echten Amtsdelikt der gleichen Strafdrohung wie der Beamte als Täter.
3. Die Sonderqualität (Beamteneigenschaft) muß beim Täter selbst vorliegen; es genügt nicht, wenn ein Anstifter oder Gehilfe Intraneus ist.¹⁷
4. Bei der Teilnahme an einem unechten Amtsverbrechen dagegen darf gemäß § 50 II dem Extraneus die infolge der Beamteneigenschaft des Täters eintretende Qualifikation (einfache Unterschlagung — Amtsunterschlagung z. B.) nicht zugerechnet werden. Der Extraneus wird nur aus dem im Regelfall erheblich milderen Strafrahmen des gemeinen Delikts bestraft.

Zur Verdeutlichung dieser Sätze seien einige Beispielfälle gebildet und von der Grundlage der herrschenden Meinung aus gelöst:

Fall A:

A sitzt im Wartezimmer eines Anwaltsbüros und hört durch die offenstehende Tür mit an, wie der eine Scheidung erstrebende X dem Rechtsanwalt R seine Wünsche mitteilt. R hält eine Klage für aussichtslos und berät den X in diesem Sinne. A kennt die Familienverhältnisse des X und ist über dessen Vorgehen entrüstet. Als er einige Zeit später selbst dem Anwalt gegenüber sitzt, erscheint die aufgebrachte Frau des X und bittet den Rechtsanwalt um Aufklärung darüber, was ihr Mann mit seinem Besuch bezweckt habe. R verweigert der X unter Hinweis auf seine Schweigepflicht zunächst jede Auskunft.

— Ab hier verlaufe der Fall in zwei Varianten: —

⁹ nämlich sei dem 27. 5. 1852, als dieses StGB in Kraft trat.

¹⁰ Dietz S. 338; vgl. dazu auch insb. Anm. 47) a. a. O.

¹¹ auf den sich die h. M. im wesentlichen stützt, vgl. unten S. 19 ff

¹² zitiert nach Dietz a. a. O. S. 341

¹³ vgl. Dietz, S. 338 Anm. 47)

¹⁴ vgl. unten § 5

¹⁵ Der größeren Anschaulichkeit wegen und vor allem wegen der oben S. 1 genannten Gründe sei hier vor allem auf die Amtsdelikte als unbestrittene „Sonderdelikte“ abgestellt.

¹⁶ vgl. RGSt 63 S. 314 f.

¹⁷ Mittlere Täterschaft des Intraneus anzunehmen ist in diesen Fällen, wenigstens vom Boden der herrschenden Meinung aus (animus auctoris, Tatherrschaft), nicht immer möglich. Das spricht **Welzel** (für die Lehre von der Tatherrschaft) entschieden aus, vgl. Lehrb. S. 101; man dürfe nicht unter der Bezeichnung Teilnahme bestrafen, was in Wirklichkeit — straflose — Täterschaft des Extraneus sei. Freilich nimmt er zu dem ungereimten Ergebnis keine Stellung. Auch **Bockelmann** (S. 17) sagt das klar: Die Frage, ob in einem konkreten Fall Anstiftung oder mittelbare Täterschaft vorliege, könne nicht davon abhängen, ob die eine oder andere Art der Mitwirkung rechtlich möglich, d. h. also strafbar sei, sondern nur davon, welche **tatsächlichen** Kennzeichen bei den Verhaltensweisen der Mitwirkenden vorlägen; ähnlich auch S. 53 a. a. O.

1. Daraufhin bemerkt der A, er habe einen Teil des Gesprächs mitangehört, er kenne außerdem den üblen Charakter des X und sei daher von seinem, des R „sturen“ Verhalten äußerst merkwürdig berührt. R erteilt jetzt die gewünschte Auskunft.

2. Wie oben unter 1. erklärt A auch hier, er sei teilweise informiert. Er fährt dann aber fort, er erwäge ernsthaft, ob er selbst der X sein Wissen nachher mitteilen solle, da er die Weigerung des R nicht verstehe. R erwidert, das sei ihm gerade recht, A solle das doch sofort tun; R begibt sich daraufhin für einige Minuten in einen anderen Raum, und A teilt der X das Gehörte mit.

Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß sich R im Falle A 1. gemäß § 300¹⁸ als Täter strafbar gemacht hat, und A nach herrschender Ansicht als Anstifter dem gleichen Strafraumen unterfällt. Im Falle A 2. dagegen hat nicht der dem Personenkreis des § 300 angehörende R, sondern der außenstehende A das Geheimnis offenbart. R hat ihn dazu nur angestiftet. Weder mit der Formel des ‚animus auctoris‘ noch mit der Theorie von der Tatherrschaft könnte man hier zu der Annahme mittelbarer Täterschaft des R kommen¹⁹. Folgerichtig wären im Fall A 2. also weder A, da er nicht Täter sein kann, noch auch R, da es für ihn an einer — nur von einem Intra-neus begeharen — Haupttat fehlt, zu bestrafen.

Fall B:

A hat zwei Freunde, X und Y. X hat sich einer Übertretung, Y eines Verbrechens schuldig gemacht. A stiftet den Staatsanwalt S dazu an, die Ermittlungsverfahren gegen beide pflichtwidrig einzustellen.

S kann in beiden Fällen wegen Begünstigung im Amt (§ 346 I) mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren bestraft werden. Geht man mit der überwiegenden Meinung in der Literatur davon aus, daß § 346 nur insoweit ein echtes Amtsdelikt ist, als er in seinen Voraussetzungen — abgesehen von der Beamteneigenschaft — über die §§ 257, 257 a hinausgeht²⁰, dann muß A wegen der Anstiftung zu der Begünstigung des X — der eine Übertretung begangen hat! — gleichfalls aus dem Strafraumen des § 346 bestraft werden. Wegen der Teilnahme an der Begünstigung des Verbrechens Y dagegen bleibt es bei der Geld- oder Gefängnisstrafe²¹ des § 257.²² Zwei Punkte vor allem sind es, die bei der Lösung derartiger Fälle²³, wie sie sich vom Standpunkt der herrschenden Meinung aus zwangsläufig ergibt, wenig einleuchtend erscheinen:

Die Beamteneigenschaft des Haupttäters belastet bei der Teilnahme am unechten Amtsdelikt den Teilnehmer nicht; der gleiche Umstand, nämlich die Beamteneigenschaft, soll aber bei den echten Amtsdelikten zur Folge haben, daß der Teilnehmer nicht nur überhaupt bestraft, sondern zudem einem Strafraumen unterworfen wird, der gerade mit Rücksicht auf die besondere Eigenschaft des ‚Beamten-Täters‘ so streng gebildet wurde. Wenn es also nur darum geht, ob die sich aus dem Grunddelikt bereits ergebende Strafbarkeit erhöht wird, darf der Umstand ‚Beamteneigenschaft‘ des Haupttäters den Teilnehmer nicht belasten. Bei der viel schwerer wiegenden Frage dagegen, ob die Grenze von der Straflosigkeit zur Strafbarkeit überhaupt überschritten wurde, greift man unbedenklich auf diesen Umstand zurück.

¹⁸ Wie bei den Beamten delikten besteht auch bei § 300 Einigkeit, daß es sich um ein Sonderdelikt handelt.

¹⁹ Anders sähe es dagegen vom Boden einer richtig durchgeführten ‚Verursachungstheorie‘ als Strafgrund der Teilnahme aus; dazu unten S. 40 ff sowie § 3 Anm. 40.

Da es hier zunächst nur um eine Darstellung des Ergebnisses geht, zu dem die herrschende Lehre kommt, mag das hier noch offen bleiben.

²⁰ § 257 verlangt ein Verbrechen oder Vergehen als Vortat, während § 346 jedes Delikt genügen läßt, also auch eine Übertretung. Nur insoweit, als § 346 die Begünstigung eines Übertretungstäters erfaßt, ist er daher — infolge Fehlens eines Grunddelikts — echtes Amtsdelikt, während bei einem Verbrechen oder Vergehen als Vortat die aus dem Grunddelikt des § 257 sich bereits ergebende Strafe für Strafverfolgungsbeamte lediglich geschärft wird, also es sich hier um ein unechtes Amtsdelikt handelt. So auch die Literatur, vgl. Weizel, Lehrb. S. 470; Sauer, B. T. S. 522; Mezger, B. T. S. 288; Geerds, J. Z. 1961 S. 455.

²¹ Zu noch absurden Ergebnissen käme man, wenn man die Begünstigung von Angehörigen (§ 257 II) in den oben gebildeten Beispielfall einbeziehen wollte: Eine auf gleiche Weise wie oben unternommene Begünstigung nach Begehung eines Verbrechens wäre straflos, nach einer Übertretung dagegen als Verbrechen strafbar! Schon hier zeigt sich deutlich, daß eine unterschiedliche Behandlung von strafbegründenden und strafändernden Merkmalen sachlich völlig ungerechtfertigt ist.

²² Es ist wohl dieses äußerst merkwürdige Ergebnis, das den BGH (in NJW 1955 S. 1488) veranlaßt, den § 346 insgesamt zum echten Amtsdelikt zu erklären (so auch schon in NJW 1954 S. 282 = BGHSt 5 S. 81). Die Begründung, § 346 sei deshalb kein unechtes Sonderdelikt, beide Tatbestände seien nicht „gleichartig“, weil § 257 nur die staatliche Rechtspflege, „§ 346 daneben auch die Erfüllung der besonderen Amtspflichten gewährleisten“ soll (NJW 1955 S. 1488), oder, § 346 betreffe einen zur Strafverfolgung berufenen Beamten, der im Widerspruch zu seiner Amtspflicht den Täter der gesetzlichen Strafe entziehe, auch wenn diese nur die Folge einer Übertretung sei (BGHSt 5 S. 82), kann allerdings nicht überzeugen. Schönke-Schröder § 346 Anmerkung I bemerkt dazu zutreffend, daß es dann überhaupt keine unechten Amtsdelikte mehr geben könne; jedes unechte Amtsdelikt unterscheide sich durch das Hinzukommen einer zusätzlichen Amtspflichtverletzung von dem allgemeinen Delikt.

²³ Vgl. auch den äußerst instruktiven Fall RGSt 28 S. 100 ff, im Text oben S. 7 (§ 3 Anm. 2) wiedergegeben.

Die zweite Ungereimtheit ist die, daß es mehr oder weniger vom Zufall der jeweiligen Fallgestaltung abhängt, ob der daran beteiligte Intraneus auch wirklich als Haupttäter tätig wird oder nicht. Wenn ja, dann sind alle Beteiligten strafbar, und zwar nach dem Strafrahmen des Amtsdelikts auch die Außenstehenden. Hat sich der Intraneus dagegen auf die Anstiftung beschränkt, dann ist keiner der Beteiligten verantwortlich zu machen.

Es erscheint daher notwendig, die Grundlagen, auf denen die Thesen der herrschenden Meinung und die sich daraus ergebenden Lösungen beruhen, einer näheren Betrachtung zu unterziehen. Zunächst soll untersucht werden, wie die herrschende Meinung den Satz, daß Anstiftung und Beihilfe eines Extraneus zu einem echten Sonderdelikt strafbar sei, begründet. Häufig wird dabei ausgeführt, die Strafbarkeit der Teilnahme von Außenstehenden beruhe darauf, daß § 50 II als nur persönlich zurechenbare Umstände lediglich solche erwähne, die die Strafbarkeit ändern oder ausschließen. Da die Beamteneigenschaft im Falle eines echten Amtsdelikts aber die Strafbarkeit nicht ändere, sondern begründe, gelte die ‚Ausnahmeregel‘²⁴ des § 50 II hier nicht und es müsse daher bei dem sich aus den §§ 48 und 49 ergebenden ‚Grundsatz‘ bleiben, daß die Verantwortlichkeit des Teilnehmers sich auf alle Umstände erstrecke²⁵, die in der Person des Haupttäters vorlägen. Wie diese These im einzelnen begründet wird, soll daher im Folgenden untersucht werden.

Da sich die Meinungen in der Literatur vielfach ohne eigene Begründung auf die „ständige Rechtsprechung“ stützen, steht am Anfang der anschließenden kritischen Betrachtungen eine Analyse der Praxis. Es folgt dann die Darstellung der Literatur, und zwar fortschreitend von den Stellen einer bloßen kritiklosen Übernahme dieser „ständigen Rechtsprechung“ bis zu den teils äußerst scharfsinnig und ausführlich begründeten Gegenmeinungen. Durch die Widerlegung oder Anerkennung der jeweils vorgebrachten Argumente werden sich bereits Ergebnis und Begründung der eigenen Meinung andeuten.

²⁴ Vgl. dazu oben S. 2 den Hinweis auf § 5 II ÖStGB.

²⁵ Kenntnis des Teilnehmers natürlich vorausgesetzt.

ERSTER HAUPTTEIL

Kritische Betrachtung der bisher vertretenen Meinungen

A. Die Rechtsprechung

I. Die Praxis nach 1945, insbesondere der Bundesgerichtshof

In neuerer Zeit hat die Rechtsprechung nur noch in ganz wenigen Fällen und auch dann in ziemlich Kürze zu dieser Frage Stellung genommen. Meist begnügte sie sich mit einem Verweis auf die „ständige Rechtsprechung“ des Reichsgerichts. So hat der Bundesgerichtshof zur Behandlung strafbegründender Umstände — im Unterschied zu lediglich strafändernden Merkmalen — zuletzt etwa ausgeführt, bei der Anstiftung zur gewerbsmäßigen Kuppelei gehöre zum Vorsatz „das Bewußtsein von der Gewohnheitsmäßigkeit der Tat des Angestifteten... Das genügt.“¹

Eine Begründung dafür, daß die Gewohnheitsmäßigkeit zwar bei dem Täter, nicht aber bei dem Teilnehmer vorliegen müsse, hier vielmehr durch die bloße Kenntnis von der Gewohnheitsmäßigkeit eines anderen ersetzt werden könne, gibt der Bundesgerichtshof nicht. Offensichtlich geht er stillschweigend davon aus, daß bei strafbegründenden Merkmalen die Regel des § 50 II weder direkt noch entsprechend angewendet werden könne. Da es an dieser Stelle der Arbeit aber darum geht, die **Begründung** der herrschenden Meinung kennenzulernen und zu kritisieren, kann an diese Entscheidung nicht angeknüpft werden. Sie kann nur als Beleg für die Aufrechterhaltung einer früher ausgesprochenen Meinung angesehen werden.²

Das gleiche gilt von einer Entscheidung des BGH im 14. Band. Hier wird ausgesprochen, Täter oder Mittäter eines Sonderdelikts „kann nur sein, wer dem verpflichteten Personenkreis angehört... Dieser Umstand hindert freilich nicht, andere Personen wegen Anstiftung oder Beihilfe zur Verantwortung zu ziehen; denn das entspricht einem für alle Sonderdelikte anerkannten Grundsatz.“³

Bei einer bloßen Behauptung bleibt es auch in einer Entscheidung des ersten Senats vom 16. 12. 1958⁴. Es ging hier darum, daß gemäß § 6 I Nr. 2 WiStG 1952 eine Ordnungswidrigkeit — bei Vorliegen gewisser in der Person des Täters liegender Gründe (z. B. Verantwortungslosigkeit) — zur Straftat erhoben wird. Das Landgericht hatte dazu festgestellt, daß diese persönlichen Merkmale nur in der Person eines der beiden Mittäter vorlägen und hatte das Verfahren gegen den anderen Mittäter daher gemäß § 31 II c OWiG eingestellt, da es sich insoweit um eine bloße Ordnungswidrigkeit handele. Der BGH hob das Urteil auf, da die persönlichen Merkmale des einen Mittäter auch den anderen belasteten, sofern sie ihm bekannt seien. „Der Mittäter muß sie (scl. die persönlichen Merkmale) sich — da er die ganze Tat in ihrer wirklichen Gestaltung als eine eigene will — so anrechnen lassen, als wenn sie auch auf ihn zuträfen. Das gilt auch dann, wenn die Zuwiderhandlung seines Tatgenossen Straftat allein aus einem der... in seiner Person liegenden Gründe ist. Denn diese sind, da die Ordnungswidrigkeit nicht etwas Minderes, sondern etwas anderes ist als die Straftat, nicht strafscharfender Natur. § 50 II gilt nicht für sie... Sie begründen vielmehr erst die Strafbarkeit. Demgemäß üben sie diese Wirkung gegen jeden Mittäter, der sie bei der Tatausführung kannte, aus... Es kommt daher nicht darauf an, ob die Voraussetzungen des § 6 WiStG auf ihn (den Mittäter) selbst gleichfalls zutreffen... Auch für die Beihilfe zu einer Zuwiderhandlung bestimmt es sich nach der Haupttat und nicht nach der Person des Gehilfen, ob sie Straftat oder Ordnungswidrigkeit ist. Für den Mittäter kann nichts anderes gelten; sonst wäre er trotz seines schwerer wiegenden Tatbeitrags im Vorteil vor dem Gehilfen. Das kann nicht rechtens sein.“⁵

¹ BGHSt 15 S. 382

² Abgesehen davon bot der entschiedene Fall auch keinerlei Anlaß, auf diese Frage einzugehen: Der BGH führt nämlich selbst aus, der Anstifter habe „jahrelang vom Haupttäter die Wohnungsschlüssel bei jeweiligem Bedarf erhalten.“ Es sei ihm „von vorneherein darauf angekommen, daß sich aus der Überlassung des Absteigequartiers eine langdauernde Übung entwickelte, und daß ihm im Bedarfsfall die Wohnung zur Verfügung stand, ohne daß es einer erneuten (scl. eindringlichen) Einwirkung auf den S (Haupttäter), sondern lediglich eines entsprechenden Winkes bedürfe... Die Überlassung der Wohnung an ihn (scl. sei) eine selbstverständliche Gewohnheit geworden.“ — Daß unter diesen Umständen nicht nur der angestiftete Haupttäter, sondern auch der Anstifter selbst „gewohnheitsmäßig“ handelte, liegt auf der Hand; auf die Kenntnis des (selbst gewohnheitsmäßigen) Anstifters von der Gewohnheitsmäßigkeit des Haupttäters braucht man dann aber nicht mehr abzustellen. Vgl. dazu auch unten S. 80 bis 82, 85 ff

³ BGHSt 14 S. 282

⁴ BGHSt 12 S. 273 ff; ähnlich in Bd. 4 S. 359

⁵ BGHSt 12 S. 276 f

Auch hier geht das Gericht also ohne eigene Begründung als selbstverständlich davon aus, daß für die Zurechnung strafbegründender Merkmale das bloße Kennen genüge, während es bei den strafändernden Umständen auf das tatsächliche Vorliegen ankomme. Eine Erweiterung dieses herkömmlichen Satzes bringt das Urteil jedoch insofern, als von der Kenntnis der strafbegründenden persönlichen Merkmale, die beim Täter vorliegen, nicht nur die Möglichkeit einer Bestrafung der Teilnahme im engeren Sinne, sondern sogar der Mittäterschaft abgeleitet wird. Diese Konsequenz ergebe sich als Forderung der Gerechtigkeit („das kann nicht rechtens sein!“). Es ist nicht recht ersichtlich, warum man mit dieser Begründung nicht auch in den anderen Fällen strafbegründender persönlicher Merkmale die Möglichkeit strafbarer Mittäterschaft derjenigen bejaht, bei denen diese Merkmale selbst nicht vorliegen. Folgerichtig müßte man auch zu einer Mittäterschaft des Nichtbeamten an einem echten Amtsdelikt kommen. Diese Folgerung wurde jedoch, soweit bekannt, wenigstens in der Rechtsprechung sonst noch nicht gezogen⁶.

Es ist in der Tat nicht einzusehen, warum dann, wenn die Mitwirkung in der schwerer wiegenden Form der Mittäterschaft vorliegt, dem Mittäter der Umstand zugute gehalten wird, daß er die persönlichen Merkmale des anderen Täters nur kennt — Freispruch! —, während dann, wenn er nur entferntere Tatbeiträge geleistet hat, es auf das Vorliegen der persönlichen Merkmale nicht ankommt und die bloße Kenntnis die Strafbarkeit zur Folge hat. Da ein derartiger Schluß aber gerade voraussetzt, daß für die Strafbarkeit des Teilnehmers (im engeren Sinne) wirklich die bloße Kenntnis genügt, muß zunächst die Richtigkeit dieser Behauptung untersucht werden. Zur Prüfung dieser Frage trägt jedoch die oben wiedergegebene Entscheidung, wie bereits gesagt, nichts bei, da sie davon stillschweigend als feststehender Prämisse ausgeht.

Als letztes der Urteile des BGH, die in diesem Zusammenhang von Interesse sind, sei hier auf eine Entscheidung des 5. Senates vom 10. 11. 1953 hingewiesen⁷. Als Leitsatz wird dort⁸ aufgestellt: „Die Begünstigung im Amt ist ein eigentliches Amtsverbrechen. Anstifter, die keine Strafverfolgungsbeamte sind, sind daher nach § 346 und nicht gemäß § 50 II nach § 257 zu bestrafen.“

Die Begründung befaßt sich auch hier nur mit der ersten Hälfte dieses Leitsatzes. Die sich angeblich daraus ergebende Folge („daher“), daß die außenstehenden Teilnehmer dem Strafrahmen des echten Beamtendelikts unterfallen, wird noch nicht einmal mit einem ausdrücklichen Hinweis auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts untermauert. An Stelle einer Begründung wird lediglich der betreffende Teil des Leitsatzes sinngemäß im Text noch einmal wiederholt⁹.

Sehr instruktiv dagegen ist es, wie die Klassifizierung des § 346 als echtes Amtsdelikt begründet wird: „§ 346 dagegen betrifft einen zur Strafverfolgung oder Strafvollstreckung berufenen Beamten, der im Widerspruch zu seiner Amtspflicht den Täter der gesetzlichen Strafe oder Maßregel entzieht, auch wenn diese nur die Folge einer Übertretung ist“.¹⁰

Daraus läßt sich nur der Schluß ziehen, daß die Amtsbegünstigung allenfalls dann ein echtes Sonderdelikt ist, wenn die Vortat eine Übertretung war¹¹. In den Fällen dagegen, in denen nach Begehung eines Verbrechens oder Vergehens der Vortäter der Strafe entzogen wird, liegt der Unterschied zwischen den Tatbeständen der §§ 257, 346 ausschließlich in den persönlichen Merkmalen der Beamteneigenschaft¹². Gerade diesen Fall soll § 50 II treffen¹³. Der Gedankengang des BGH ist also folgender: Der Tatbestand des § 346 unterscheidet sich von dem der persönlichen Begünstigung durch die amtliche Eigenschaft des Täters, und zwar bei einem Verbrechen oder Vergehen als Vortat **nur** durch dieses persönliche Merkmal¹⁴. Obwohl in diesen Fällen also die Beamteneigenschaft **strafändernde** Wirkung hat, somit gemäß § 50 II nur persönlich angerechnet werden dürfte, verwendet sie der BGH dazu, die Amtsbegünstigung auch insoweit zum echten Beamtendelikt zu erklären, mit der dann wieder als selbstverständlich

⁶ In der Literatur z. T. anders; dort dann auch nicht unter Beschränkung auf Mittäterschaft, sondern für **jede** Täterschaft; vgl. unten § 6

⁷ Im BGHSt 5 S. 75 ff

⁸ a. a. O. S. 76 Nr. 3

⁹ a. a. O. S. 81: „Der Verurteilung sei daher nicht gemäß § 50 II nur der § 257 zugrunde zu legen.“

¹⁰ a. a. O. S. 82

¹¹ So auch die h. M., vgl. oben § 1 Anm. 20

¹² Vgl. oben § 1 Anm. 22

¹³ So auch die h. M., vgl. Schwarz-Dreher, § 50 Anm. 2.

¹⁴ Abgesehen davon, daß § 346 auch eine Übertretung als Vortat gelten läßt; deswegen wird die Unterscheidung in den Fällen, in denen die Vortat des § 346 mit der für § 257 erforderlichen Vortat identisch ist, aber keine andere; so auch die h. M. (vgl. die vorstehende Anmerkung); vor allem hilft es nicht weiter, § 346 als *delictum sui generis* zu bezeichnen, da auch damit an dem **sachlichen** Verhältnis der §§ 257—346 nichts geändert wird, vgl. Klass a. a. O. S. 95 ff. insbesondere S. 104.

angenommene Folge, daß auch der Extraneus der Strafschärfung unterliege¹⁵. Sehr richtig bemerkt Schönke-Schröder¹⁶ dazu, daß es bei folgerichtiger Durchführung dieses Gedankens überhaupt keine unechten Amtsdelikte mehr geben könne. Für den Fortgang der vorliegenden Arbeit ist an dieser Stelle jedoch vor allem von Interesse, daß der BGH auch hier von der Zurechnung der „strafbegründenden“ Beamteneigenschaft auf die Außenstehenden als einer Selbstverständlichkeit ausgeht.

Mit den hier wiedergegebenen Urteilen ist die Stellungnahme des Bundesgerichtshofes zu dieser Frage erschöpfend behandelt. Aus den Urteilen der deutschen Obergerichte vor Aufnahme der Tätigkeit des BGH sei hier nur auf das Urteil des OLG Hamm¹⁷ eingegangen, da die sonstigen Entscheidungen wesentlich neue Gesichtspunkte nicht beisteuern; das OLG Hamm führt aus: „Die Böswilligkeit i. S. des § 1 I KWVO¹⁸ ist keine Eigenschaft und kein Verhältnis i. S. des § 50 II, sondern ein strafbegründendes Merkmal.“

Dazu ist zu sagen, daß das OLG zwei Begriffe als Gegensätze einander gegenüberstellt, die gar keine Gegensätze sind. Es ist insofern jedenfalls unbestritten, daß es auch unter den strafbegründenden Umständen solche gibt, die als persönliche Eigenschaften oder Verhältnisse i. S. des § 50 II anzusehen sind.¹⁹

Die Frage ist umgekehrt gerade die, ob ein Umstand, der als ‚persönliches Merkmal‘ i. S. des § 50 II anzusehen ist, gleichwohl auf den anderen Teilnehmer angerechnet werden darf, da er nämlich die Strafbarkeit „nur“ begründet. Anscheinend wollte das OLG mit seiner mißglückten Formulierung auch nur ausdrücken, daß persönliche Umstände, die nicht strafändernd, sondern strafbegründend wirken, allgemein angerechnet werden müssen. Eine Begründung dafür wird hier genau so wenig wie in den oben wiedergegebenen Urteilen des BGH versucht.

Eine Übersicht über die neue Rechtsprechung ergibt somit, daß der Satz, ‚strafbegründende persönliche Merkmale dürften auch anderen Teilnehmern als nur denen, bei denen sie vorliegen, zugerechnet werden‘, ohne Zögern, aber auch ohne den Versuch einer Begründung, als feststehender Grundsatz aus der Rechtsprechung des Reichsgerichts übernommen wurde. Manchmal wird ausdrücklich auf die ständige Rechtsprechung des RG verwiesen, oft wird auch ohne einen derartigen Verweis diese These als selbstverständlich verwendet, ohne eine eigene Begründung auch nur zu versuchen.

Man darf daher gespannt sein nach welchen Grundsätzen sich die „ständige Rechtsprechung des Reichsgerichts“ entwickelt hat.

II. Das Reichsgericht und das Preußische Obertribunal nach 1871

Auch das Reichsgericht hat sich häufig, sogar schon in den ersten Bänden, damit begnügt, die verschiedenartige Behandlung persönlicher Umstände danach, ob sie im Einzelfall strafbegründend oder aber strafändernd wirken, einfach als feststehende Regel hinzunehmen; nicht immer hat es dabei wenigstens auf eine frühere Begründung verwiesen. So hat es z. B. ausgeführt:

„... im vorliegenden Fall kann von Anwendung des § 50 keine Rede sein, da dieser nur die strafe erhöhenden und strafvermindernden Verhältnisse erfaßt. Die persönlichen Verhältnisse wirken aber (scl. im vorliegenden Fall) strafbegründend.“¹

Ähnlich pauschal heißt es in einer anderen Entscheidung², § 50 sei nur bei strafe erhöhenden und strafvermindernden Umständen anwendbar, ohne eine Begründung dafür auch nur anzudeuten. Gerade in diesem Fall hätte aber das merkwürdige und äußerst unbillige Ergebnis eine solche

¹⁵ An diesen und ähnlichen Ergebnissen wird bereits deutlich, daß eine unterschiedliche Behandlung von strafändernden und strafbegründenden Merkmalen zu den absurdesten Folgerungen führt. Anstatt aber dem Grund dieser merkwürdigen Lösungen, nämlich der verschiedenen Behandlung von strafändernden und abschließenden Merkmalen zu Leibe zu rücken, versucht die Rechtsprechung, echten strafändernden Merkmalen künstlich den Charakter von strafbegründenden Umständen beizulegen; durch bloße Veränderung des Etiketts kann man aber den Inhalt nicht umschaffen.

¹⁶ Vgl. oben § 1 Anm. 22

¹⁷ In OGH 2 S. 50 ff. 57

¹⁸ Kriegswirtschaftsverordnung

¹⁹ Die Gewohnheitsmäßigkeit z. B. wirkt manchmal strafbegründend (§ 180), manchmal strafverschärfend (§ 260).

¹ In RGSt 22 S. 53

² In RGSt 28 S. 100 ff.; in RGSt 50 S. 141 wird § 50 noch nicht einmal erwähnt: „An dieser Straftat (scl. Vergehen gegen § 92 Militärstrafgesetzbuch) ist Teilnahme in der Form der Anstiftung und Beihilfe möglich, ebenso Begünstigung.“

Begründung geradezu herausgefordert. Der Sachverhalt und die Entscheidungsgründe dazu sind aber auch im übrigen so instruktiv, daß sie hier auszugsweise wiedergegeben werden sollen:

Frau A bat den Briefträger B, ihr einen fremden Brief für einige Minuten zu überlassen, da sie sich für die genaue Fassung der Adresse und des Absenders interessiere. In Wirklichkeit wollte sie den Brief öffnen und hat dieses Vorhaben auch, von dem Briefträger unbemerkt, durchgeführt³.

B wurde vom Vorderrichter aus § 354 (Briefunterdrückung), die A wegen Anstiftung hierzu gleichfalls aus § 354 (also mit einer Mindeststrafe von 3 Monaten Gefängnis) verurteilt. Gegen dieses Urteil legte nicht nur die A, sondern interessanterweise zu ihren Gunsten auch die Staatsanwaltschaft Revision ein; beide rügten die Verletzung des § 50. Beide Revisionen wurden mit der bereits oben wiedergegebenen formelhaften Wendung bzgl. des § 50 zurückgewiesen. Das RG führt dazu aus:

„Das Strafgesetz erklärt zwar in § 299 die vorsätzliche und unbefugte Eröffnung eines verschlossenen Briefes jedermann gegenüber für strafbar. Aber es enthält keine Bestimmung, gemäß welcher Personen, die nicht mit der Stellung eines Postbeamten betraut sind, wegen Unterdrückung eines Briefes i. S. des § 354 als der bloßen — scl. u. U. nur zeitweiligen — Entziehung desselben aus dem Postverkehr zur Strafe gezogen werden sollen. Sie können sich, sofern durch eine von ihnen vorgenommene Entziehung eines Briefes aus dem Postverkehr die ... Tatbestandsmerkmale einer gemeinen Straftat verwirklicht werden, wohl eines Vergehens ... des § 133, eines Diebstahls, einer Unterschlagung, einer Urkundenunterdrückung ... schuldig machen. Die Unterdrückung eines Briefes i. S. des § 354 hingegen kann nur von einem Beamten, der mit der Verwaltung eines dem Gebiet der Post angehörigen Amtes betraut und in ihr tätig ist, begangen werden. Diese seine Eigenschaft bildet ein konstitutives Element der Straftat, durch das ein sog. reines (eigentliches) Amtsdelikt begründet wird, aber nicht einen bloßen Straferhöhungsgrund irgend einer allgemeinen Strafnorm, deren Verletzung durch einen Postbeamten nur mit erhöhter Strafe bedroht sein würde ...“

An diese Ausführungen schließt das RG noch die Erwägung an⁴, daß der Fall u. U. anders zu beurteilen gewesen wäre, wenn die A dem B ihr wahres Vorhaben mitgeteilt hätte. Denn zu der in § 354 **auch** genannten **Brieferöffnung** bestehe in § 299 ein Grunddelikt, nicht aber zu der „Unterdrückung“: daher sei § 354 insoweit **echtes** Amtsdelikt: Die A „habe dem B mitgeteilt, daß sie nur die äußere Adresse des Briefumschlages besichtigen werde, nicht aber, daß sie auch den Umschlag öffnen wolle, und B habe ihr den Brief auch zu keinem anderen Gebrauch, als zur Besichtigung der Adresse ausgehändigt.“

Auf die Tatsache, daß die A den Brief geöffnet hat, kommt es dem RG also nicht an. Entscheidend ist allein ihre Mitwirkung bei der — zeitweiligen — Unterdrückung des Briefes durch den B. **Deswegen** wird sie mit einer Mindeststrafe von 3 Monaten Gefängnis belegt. Derjenige Laie also, der gemeinsam mit einem Postbeamten einen Brief öffnet, fällt unter den milden Strafrahmen des § 299 (Geldstrafe, u. U. Gefängnis **bis** zu 3 Monaten). Derjenige aber, der viel weniger tut, der im Zusammenwirken mit einem Postbeamten eine Sendung nur für einige Minuten aus dem normalen Postgang entfernt⁵, fällt unter die Strafdrohung des § 354. Dieses Ergebnis ist besonders verblüffend angesichts der Ausführungen des RG gerade in diesem Fall, in dem es genau aufgezählt hat, daß die Sicherheit des Postverkehrs nur gegen **schwerwiegende** Eingriffe Dritter geschützt ist, während die Anforderungen an die Postbeamten selbst viel höher liegen. Umso unverständlich ist es, daß sich das RG hier mit rein konstruktiven Erwägungen begnügt und dann, nachdem es festgestellt hat, daß es in gewissen Fällen ein Grunddelikt zu § 354 gibt, in anderen dagegen nicht, mit keinem Wort auf das sich daraus und aus **seiner** Anwendung des § 50 ergebende krasse Mißverhältnis der Strafdrohungen für die Außenstehenden eingeht⁶.

Ähnlich ist es in einer weiteren Entscheidung:⁷

„Rechtlich gleichgültig ist ferner, ob sie (scl. die Gehilfin) ihrerseits bei ihrem Beihilfeakte ge-

³ Das muß den Ausführungen a. a. O. S. 103 entnommen werden.

⁴ RGSt 28 S. 102.

⁵ Das genügt für den Begriff des Unterdrückens, vgl. RGSt 52 S. 248.

⁶ Der aus dem Verhältnis des § 299 (und ähnlichen Delikten, vgl. die Aufzählung oben im Text) zu § 354 deutlich entnehmbare Zweck des Gesetzes, die Sicherheit des Postverkehrs gegenüber den Postbeamten selbst auch gegen geringfügige Eingriffe zu schützen, gegenüber den Angriffen Dritter aber nur, wenn es sich um erhebliche Angriffe handelt, wird damit genau auf den Kopf gestellt. Wirken Dritte bei geringen Angriffen mit, werden sie strenger bestraft, als bei massivem Vorgehen.

Siehe dazu unten S. 68 bis 71.

⁷ RGSt 36 S. 154.

werbsmäßig handelte. Es steht hier keiner derjenigen Fälle in Frage, in denen die Anwendbarkeit des § 50 in Betracht zu ziehen wäre. Die Gewerbsmäßigkeit begründet hier die Strafbarkeit ... erhöht nicht die ohnehin gegebene. Zur Strafbarkeit der Beihilfe reicht also bei dieser Straftat ein Handeln mit dem Bewußtsein aus, daß der Gehilfe den gewerbsmäßigen Betrieb des Haupttäters unterstütze.⁸

In einem anderen Falle⁹ wird zunächst ausgeführt, daß der Gehilfe beim gewerbsmäßigen Glücksspiel (§ 285) zwar dann selbst gewerbsmäßig handeln müsse, wenn dieses Merkmal „nur ein strafe erhöhender Umstand wäre“⁹. Dies sei jedoch nicht der Fall, wenn die §§ 284 a und 285 je ein besonderes strafbegründendes Merkmal enthielten, die Gewerbsmäßigkeit also die Strafe begründe. „Die Anwendbarkeit des § 50 kommt hier nicht in Frage“.¹⁰

Schließlich ist hier eine Entscheidung aus dem 71. Band anzuführen, in der es in knappen Worten nur heißt:

„Rechtlich einwandfrei ist ferner, daß der Beschwerdeführer als Anstifter aufgrund des § 354 zu bestrafen ist, obgleich er nicht Postbeamter ist.“¹¹

Häufig wird bei diesen und ähnlichen Entscheidungen auf ein Urteil im 25. Band S. 234 verwiesen¹². Es scheint daher angebracht, auf die Begründung dieses Urteils näher einzugehen: Es ging um die Frage, ob ein Zivilist sich der Anstiftung zu einem echten Militärdelikt¹³ schuldig machen kann. Das Reichsgericht führt dazu aus:

„Daß ferner die Bestimmungen der §§ 48—49 StGB bei dem Mangel einer beschränkenden Vorschrift auf die Teilnahme von Nichtmilitärpersonen an militärischen Verbrechen und Vergehen ebenso Anwendung finden wie der § 257 StGB auf die durch Nichtmilitärpersonen begangene Begünstigung jener Verbrechen, ist vom RG bereits anerkannt worden (RGSt 6 S. 7 und 15 S. 398).“

Davon abzugehen bestehe keine Veranlassung: „Dem Anstifter zu einem militärischen Verbrechen kann die Vorschrift des § 50 StGB nicht lediglich deshalb zugute kommen, weil er eine Zivilperson ist und deshalb jenes Verbrechen selbst nicht würde begehen können“¹⁴.

Es zeigt sich also, daß auch in dieser oft zur Begründung der ständigen Rechtsprechung herangezogenen Entscheidung sich lediglich eine weitere Verweisung auf zwei vorangegangene Entscheidungen findet. Auffällig ist bei diesem Hinweis auf die beiden Entscheidungen im 6. und 15. Band die Verknüpfung des Problems der **Teilnahme** mit dem der **Begünstigung** eines Militärdelikts. Das RG erweckt also hier den Anschein, als ob in jenen beiden früheren Entscheidungen **beide** Probleme untersucht und in dem jetzt vertretenen Sinne entschieden worden seien. Das ist jedoch nicht der Fall:

In RGSt. 15 S. 396 ff ging es allein um die Frage, ob dem Täter eines echten Militärdelikts nach begangener Tat von einem Zivilisten **Begünstigung** geleistet werden kann. Das RG bejahte diese Frage, da die Annahme, daß § 257 als Vortat nur die im Strafgesetzbuch selbst genannten Verbrechen und Vergehen „im Auge haben soll“¹⁵, ebenso unrichtig sei, „wie die Annahme unrichtig sein würde, daß die allgemeinen Bestimmungen des StGB über Anstiftung und Beihilfe nur auf die in diesem StGB mit Strafe bedrohten Handlungen Anwendung finden. Der § 257 StGB hat allerdings in Übereinstimmung mit der neueren Doktrin die Begünstigung von der Verbindung mit der Teilnahme losgelöst und als selbstständiges Vergehen, wenn auch akzessorischer Natur, behandelt, weil sie als der vollendeten Tat nachfolgend diese selbst weder verursacht noch ihren Tatbestand sonst beeinflußt, an sich daher in keiner unmittelbaren Verbindung mit der Tat steht. Aber aus dieser selbständigen Natur des Vergehens der Begünstigung folgt nichts für, sondern alles gegen die Beschränkung auf die Verbrechen und Vergehen des Strafgesetzbuches. § 257 sagt nichts von Begünstigung nach Begehen eines in diesem Gesetz (d. h. StGB) mit Strafe bedrohten Deliktes ... sondern verlangt nur, die Begehung eines Ver-

⁸ RGSt 59 S. 140

⁹ a. a. O. S. 140

¹⁰ a. a. O. S. 141

¹¹ RGSt 71 S. 332

¹² Auch die Literatur führt dieses Urteil oft als Belegstelle für die Meinung des RG an.

¹³ Es handelte sich um § 97 Mil-StGB („Tätliches Vergreifen an einem Vorgesetzten“); es erscheint schon äußerst zweifelhaft, ob es sich hier nicht doch nur um ein unechtes Militärdelikt handelt; vgl. vor allem die unklare Begründung a. a. O. S. 237, wo das RG zwar einerseits von der Möglichkeit einer Idealkonkurrenz von § 97 Mil-StGB und § 223 StGB ausgeht, dann aber mit der im § 97 vorgesehenen Straferhöhung bei Anwendung eines gefährlichen Werkzeugs operiert, dabei aber übersieht, daß es auch insoweit eine allgemeine Vorschrift (§ 223a, der bereits 1876 in das StGB eingeführt wurde) gibt und man also auf den Unterschied § 223a—97 abstellen mußte; für die obige Untersuchung ist es jedoch in erster Linie von Bedeutung, daß das RG zu dem Ergebnis kommt, es handle sich wirklich um ein echtes Militärdelikt, und sich daher gezwungen sieht, auf die Teilnahme eines Außenstehenden am echten Sonderdelikt einzugehen.

¹⁴ a. a. O. S. 237

¹⁵ RGSt 15 S. 397

brechens oder Vergehens... Der gesetzgeberische Gedanke des § 257, daß durch eine Beistandsleistung, wie er sie unter Strafe stellt, der Strafanspruch des Staates und sein Wille, daß der Täter aus einer strafbaren Handlung keinen Vorteil ziehen soll, nicht illusorisch gemacht werden soll, trifft überall zu, wo eine Handlung als Verbrechen oder Vergehen mit Strafe bedroht ist.

Der § 257 findet daher unbedenklich auch auf die durch Nichtmilitärpersonen begangene Begünstigung militärischer Verbrechen und Vergehen ebenso Anwendung, wie die §§ 48, 49 auf die Teilnahme von Nichtmilitärpersonen an militärischen Verbrechen oder Vergehen.

Davon geht auch das in Band 6 S. 7 mitgeteilte Urteil... im Bezug auf das militärische Verbrechen und Vergehen der Fahnenflucht ohne weiteres aus.“¹⁶

Was das RG hier zu § 257 sagt, ist ausführlich und richtig begründet. Aber dieses Ergebnis folgt es gerade aus der „selbständigen Natur der Begünstigung“ und aus der „Auflösung der Verbindung mit der Teilnahme“, in der die gemeinrechtliche Doktrin beide Komplexe solange gehalten hatte. Den Hinweisen am Anfang und am Schluß seiner Ausführungen, genau so müsse es also auch mit der **Teilnahme** stehen, entzieht das RG selbst damit jede Berechtigung. Auch in diesem Urteil kommt es somit zu keiner Begründung dafür, warum strafbegründende Merkmale anders behandelt werden sollten als strafändernde. Es ist ein Widerspruch in sich, zunächst festzustellen, Teilnahme und Begünstigung seien wesentlich verschieden, dann aus der Tatsache dieser selbständigen Natur des § 257 die Möglichkeit der Begünstigung des Täters eines echten Sonderdelikts durch einen Extranen festzustellen und dann zu sagen, „also“ sei auch die **Teilnahme** eines Außenstehenden an einem echten Sonderdelikt¹⁷ strafbar.

In einem weiteren Punkt fordert dieses Urteil Kritik heraus: Anfangs sagt das RG, was sicherlich richtig ist, die allgemeinen Bestimmungen des StGB über Anstiftung und Beihilfe müßten auch auf strafbare Handlungen außerhalb des StGB angewendet werden. Gegen Ende konkretisiert es dann diese allgemeine Aussage dahin, daß die §§ 48, 49 auf die Teilnahme von Nichtmilitärpersonen an militärischen Verbrechen unbedenklich passen sollen. Dabei übersieht es jedoch, daß auch § 50 zu den allgemeinen Bestimmungen des StGB über Anstiftung und Beihilfe gehört und daß das Problem eben gerade darin liegt, welche Auswirkungen **diese** allgemeine Bestimmung auf die Teilnahme an derartigen Sonderdelikten hat.

Auch in dieser Entscheidung findet sich also keine Begründung für die Möglichkeit einer strafbaren Teilnahme eines Extranen: die knappen Hinweise, die anhand des für die Begünstigung gefundenen Ergebnisses gegeben werden, entbehren dagegen, wie oben dargelegt, jeder Überzeugungskraft. Man kann sich des Eindrucks kaum erwehren, daß trotz des ausdrücklichen Hinweises auf die völlige Verschiedenheit von Teilnahme und Begünstigung doch noch eine altüberlieferte, unklare Vorstellung von einer gleichwohl bestehenden Verwandtschaft beider Erscheinungen mitgewirkt hat.

Es bleibt zu hoffen, daß das Urteil vom 1. 2. 1882, auf das die obige Entscheidung am Schluß verweist, eine eingehende Begründung bringt.

Aber schon die Leitsätze dieser Entscheidung¹⁸, in denen es lediglich darum geht, ob die Desertion ein Dauerverbrechen, wann sie vollendet und was unter dem Begriff der „Entfernung von der Truppe“ zu verstehen sei, zeigen, daß auch diese Erwartung enttäuscht wird. Folgender Fall war zu beurteilen:

Musketier M war von seiner Truppe in Altona entwichen, hatte sich einige Tage in Hamburg verborgen, hatte dann erst seinen Bruder B um Hilfe gebeten und war daraufhin von diesem mit Zivilkleidung und von einem Dritten D mit einem Paß ausgerüstet worden, um damit endgültig nach Holland zu fliehen. Das Reichsgericht bestrafte den D aus § 257 I und sprach den B wegen § 257 II frei. § 141 StGB (Förderung der Desertion) hielt es nicht für anwendbar, da die Desertion bereits vollendet gewesen sei. Die Begründung dazu lautet:

„Da die vorsätzliche Förderung einer Desertion, wenngleich sie... zu einem selbständigen Vergehenstatbestand erhoben ist, doch den rechtlichen Charakter der Beihilfe — § 49 StGB — trägt... so kann sie nicht mehr stattfinden, nachdem die Verübung des Verbrechens ihr Ende erreicht hat“¹⁹.

In der gesamten Entscheidung findet sich nicht ein Wort darüber, wie die Teilnahme eines Außenstehenden an einem Sonderverbrechen zu behandeln sei. Im Gegenteil, durch die Aufnahme eines allgemeinen Tatbestandes der Förderung einer Desertion in das Strafgesetzbuch zeigt sich

¹⁶ a. a. O. S. 397, 398

¹⁷ Daß es sich bei Militärdelikten — wenigstens heute — gar nicht um „Sonderdelikte“ handelt, wird sich noch zeigen, vgl. unten § 18

¹⁸ RGSt 6 S. 7 ff

¹⁹ RGSt 6 S. 8

gerade, daß der Gesetzgeber damals anscheinend davon ausging, daß sonst die Teilnahme eines Zivilisten an dem militärischen Verbrechen der Desertion (§§ 64, 69 des damaligen MilStGB) straflos geblieben wäre. Sonst hätten die §§ 64, 69 MilStGB in Verbindung mit §§ 48, 49 StGB die gleichen Dienste erfüllen können, wie der dann überflüssige § 141 StGB.

Jedenfalls kann, nachdem § 141 nun einmal vorhanden war, die Förderung einer Desertion nicht mehr als problematische Teilnahme am Sonderdelikt angesehen werden. Diese Entscheidung im 6. Band hätte dem RG in Band 15 also gerade umgekehrt Anlaß zu der Frage bieten müssen, ob in den anderen Fällen, in denen, konstruktiv gesehen, Teilnahme an einem Sonderdelikt vorliegt, in denen diese Teilnahme aber nicht als selbständiger Tatbestand in das — für alle geltende — Strafgesetzbuch aufgenommen wurde, diese „Teilnahme“ gleichwohl bestraft werden könne. Kein Zweifel kann jedenfalls daran bestehen, daß man dieses Urteil auf keinen Fall als Beleg dafür ansehen kann, das RG ginge „ohne weiteres“ von der „Strafbarkeit der Teilnahme einer Nichtmilitärperson an militärischen Verbrechen und Vergehen“²⁰ aus. Denn hier lag gerade der umgekehrte Fall vor, daß eine derartige „Teilnahmebehandlung eines Außenstehenden“ ausdrücklich als selbständiger Tatbestand in das Strafgesetzbuch aufgenommen wurde. Daraus aber, daß das RG die „Vollendung der Desertion“ i. S. des § 141 StGB genau so bestimmte, wie in §§ 64, 69 MilStGB, kann unmöglich der Schluß gezogen werden²¹, daß es eine strafbare Teilnahme an Militärdelikten generell „ohne weiteres“ für möglich hielte.

Die kritische Betrachtung der Rechtsprechung des RG ergibt bis zu diesem Punkt der Darstellung also folgendes:

Der Satz, strafbegründende persönliche Umstände seien auch den Teilnehmern zuzurechnen, bei denen sie nicht vorliegen (Folge: Strafbare Teilnahme eines Außenstehenden an echten Sonderdelikten) entspricht zwar ständiger, aber nicht **begründeter** Rechtsprechung: Die Entscheidung im 25. Band, auf die später oft verwiesen wird, gibt selbst keine Begründung, sondern verweist ihrerseits auf das Urteil im 15. Band. Dieses wieder beschäftigt sich nur mit der **Begünstigung** des Täters eines Sonderdelikts und verweist im übrigen auf das Urteil Band 6 S. 7 ff. Hier handelt es sich dann überhaupt nicht um den problematischen Fall der Teilnahme an einem Sonderdelikt, sondern um die verselbständigte, in das Strafgesetzbuch aufgenommene Verleitung oder Beförderung einer Desertion, also darum, daß gerade ein **allgemeines** Delikt geschaffen wurde, und die Frage nach strafbarer Teilnahme an einem Sonderdelikt daher gar nicht auftauchen konnte.

Soweit ersichtlich, beschäftigt sich das RG lediglich an drei weiteren Stellen²² etwas eingehender mit den hier zu lösenden Problemen. So führt es, um auch hier mit der jüngsten Entscheidung zu beginnen, in RGSt 55 S. 181 ff etwa aus:

„§ 50 behandelt die sogenannten strafändernden im Gegensatz zu den strafbegründenden Umständen, die, weil sie Teile des Tatbestandes sind, nicht unter den § 50 fallen... Deshalb gehört die Beamteneigenschaft nicht zu den Umständen des § 50 bei den reinen Beamtenvergehen, wohl aber bei den sog. gemischten Beamtenvergehen...“²³.

Der Grund dafür, daß strafbegründende Umstände nicht „unter den § 50“ fallen, soll also der sein, daß sie „Teile des Tatbestandes sind“. Es wird jedoch von niemanden angezweifelt, daß die Beamteneigenschaft auch bei einem **unechten** Amtsdelikt ein Teil des Tatbestandes ist. Das Merkmal, das nach Ansicht des RG die strafbegründenden von den strafändernden Umständen unterscheiden soll, liegt in Wirklichkeit bei diesen genau so vor. Die Bedeutung des § 50 besteht aber darin, auch wenn man ihn mit der herrschenden Meinung nur auf die strafändernden Merkmale beschränken will,²⁴ daß diese bei dem Haupttäter vorliegenden besonderen Tatbestandsmerkmale²⁵ auf die Teilnehmer gerade nicht angerechnet werden sollen.

Der gleiche Umstand, z. B. die Beamteneigenschaft, kann aber nicht einmal als Tatbestandsmerkmal, und ein andermal gerade nicht als Tatbestandsmerkmal aufgefaßt werden. Auch dieser Begründungsversuch des RG ist also alles andere als überzeugend. Es fällt bei der Beweisführung des RG weiter auf, daß es als Belegstellen²⁶ für seine Ansicht ausnahmslos diejenigen früheren Entscheidungen anführt, die, wie oben gezeigt²⁷, jede eigene materielle Begründung vermissen lassen und sich mit der Wiederholung angeblich (!) früher begründeter Behauptungen begnügen.

²⁰ So aber RGSt 15, S. 398

²¹ Genau das aber wird getan in RGSt 15, S. 396

²² Nämlich in RGSt 55 S. 181, 6 S. 414 und 4 S. 185; Näheres dazu oben im Text.

²³ RGSt 55 S. 182

²⁴ Seit 1943 auch auf die strafausschließenden

²⁵ § 50 a. F. oder § 50 II n. F. erlaubt allerdings nicht nur Tatbestandsmerkmale; Näheres dazu unten § 13

²⁶ RGSt 55 S. 182 verweist nämlich nur auf RGSt 22 S. 51 ff, 25 S. 234 (236) und Bd. 36 S. 148 (154).

²⁷ Vgl. oben S. 7 und 9.

Eine eingehendere Darstellung findet sich dagegen im 6. Band ²⁸:

„Das Gesetz hat zum strafrechtlichen Begriff der Anstiftung nur gefordert, daß jemand durch seine Tätigkeit vorsätzlich die Ursache der von einem anderen begangenen strafbaren Handlung geworden ist, nicht aber, daß bezüglich seiner diejenigen persönlichen Eigenschaften vorhanden sind, welche etwa erforderlich sind, um die strafbare Handlung als Täter begehen zu können. Es ist daher der Begriff der Anstiftung auch zu einem Beamtendelikt nicht dadurch ausgeschlossen, daß derjenige, welcher den Beamten vorsätzlich zu dem Beamtendelikt bestimmt hat, seinerseits, weil er nicht selbst die Beamteneigenschaft besitzt, das Beamtendelikt als Täter nicht hätte begehen können.

Bezüglich der Strafe des Anstifters ist in § 48 II als Regel aufgestellt, daß sie nach demjenigen Gesetz festzusetzen sei, welches auf die Handlung Anwendung findet, zu welcher er wissenschaftlich angestiftet hat. Von dieser Regel ist in § 50 eine Abweichung dahin getroffen, daß, wenn das Gesetz die Strafbarkeit einer Handlung nach den persönlichen Eigenschaften . . . erhöht oder vermindert, diese besonderen Tatumstände nur dem zuzurechnen sind, bei dem sie vorliegen (vgl. auch die Motive zu § 50 gleich § 48 des Entwurfs und die Motive zu § 217 gleich 212 des Entwurfs ²⁹). Die Bestimmung des § 50 ist jedoch auf ihren Wortlaut zu beschränken; sie trifft daher dann nicht zu, wenn erst durch das Vorhandensein gewisser persönlicher Eigenschaften . . . die Strafbarkeit der Handlung des physischen Täters an sich begründet wird, sie also ein notwendiges Merkmal der Straftat bilden.“

Zur weiteren Begründung wird dann auf zwei zu § 218 ergangene Entscheidungen ³⁰ verwiesen, die sich indessen lediglich mit durch die damalige Fassung des § 218, insbesondere des Abs. 3, bedingten Sonderfragen beschäftigen.

Was in RGSt 6 S. 415 selbst zu dem „Begriff der Anstiftung“ ausgeführt ist, ist zweifellos richtig; nur gilt das, was das RG im Hinblick auf die Anstiftung zu einem **echten** Beamtendelikt sagt, mit der gleichen Berechtigung auch für die Anstiftung zum **unechten** Amtsdelikt. Daraus also, daß „begrifflich“ eine Anstiftung zum echten Amtsdelikt möglich ist, kann noch nicht abgeleitet werden, daß sie auch strafbar ist, und zwar aus dem **Rahmen** des Beamtendelikts. Sonst müßte das auch für das unechte Amtsdelikt gelten. Das entscheidende Argument sieht das RG jedoch darin, daß der in den §§ 48 II und 49 II als Regelfall aufgestellte Rückgriff auf den Strafrahmen der Haupttat von § 50 nur im Falle einer **strafändernden** Wirkung der dort genannten persönlichen Umstände durchbrochen werde. Damit beginnt aber erst das Problem. Abgesehen davon, daß es durchaus nicht eindeutig klar ist, daß der Ausdruck „straf erhöhende und strafvermindernde Umstände“ die strafbegründenden und straffausschließenden Merkmale nicht mit umfaßt ³¹, ist das RG jeden Beweis dafür schuldig geblieben, daß „die Bestimmung des § 50 auf ihren Wortlaut zu beschränken“ sei. Die Überlegung, daß der gesetzgeberische Gedanke des § 50 die **strafbegründenden** Merkmale vielleicht auch umfaßt, lag mindestens ebenso nahe ³². Bei dieser Sachlage kann jedenfalls die bloße Behauptung, eine bestimmte Formulierung dürfe nur streng wörtlich ausgelegt werden, als ausreichende Begründung für eine sich über Jahrzehnte erstreckende ständige Rechtsprechung nicht angesehen werden.

Daß das oberste deutsche Gericht diesen soeben erwähnten hinter § 50 stehenden Grundgedanken erkannt hat, zeigt die letzte in diesem Zusammenhang anzuführende Entscheidung ³³.

„Der strafpolitische Grundsatz, daß ein jeder lediglich nach dem Grade seiner Verschuldung, wie sie sich nach seiner Tätigkeit und seinen Verhältnissen gestaltet, bestraft werden soll . . . hat für die Fälle, wo zwar nicht die Strafbarkeit einer Handlung an sich — also der Tatbestand des Delikts in seiner vom Gesetz definierten einfachen Form gedacht — wohl aber die Erhöhung oder Verminderung dieser Strafbarkeit nach persönlichen Eigenschaften und Verhältnissen desjenigen sich bemißt, der dieselbe begangen hat oder dabei mitgewirkt hat, in § 50 zu der Bestimmung geführt, daß diese besonderen Umstände nur dem . . ., bei welchem sie vorliegen, zugerechnet werden sollen.“

Auch hier lag nichts näher als die Frage, warum der genannte „strafpolitische Grundsatz“ ³⁴ nur

²⁸ RGSt 6 S. 415 f

²⁹ In den Motiven findet sich zu einer Differenzierung der persönlichen Umstände je danach, ob sie die Strafe verändern oder begründen, kein Wort; Näheres dazu unten S. 63 bis 68.

³⁰ In RGSt 3 S. 163 f und RGSt 4 S. 306

³¹ Besonders unter Berücksichtigung der Terminologie z. Zt. des Erlasses des StGB; vgl. dazu eingehend unten S. 58 bis S. 63.

³² Ein weiteres Eindringen verbietet sich hier, da es an dieser Stelle lediglich um eine Kritik der vom RG selbst entwickelten Begründungen geht.

³³ RGSt 4 S. 185

³⁴ Um einen **strafpolitischen** Grundsatz dürfte es sich allerdings nicht handeln; vgl. dazu unten S. 63 ff, 74 ff

teilweise verwirklicht werden soll und zwar ausgerechnet in den wichtigen Fällen **nicht**, in denen es um Bestrafung oder Nichtbestrafung geht.

Ein „Grundsatz“, der nur dann beachtet wird, wenn es lediglich um den größeren oder geringeren **Umfang** des Strafrahmens geht, nicht aber dann, wenn sich die Frage der Strafbarkeit überhaupt stellt, dürfte als „Grundsatz“ kaum zu bezeichnen sein.

Die bisherige Übersicht über die Rechtsprechung des RG³⁵ hat gezeigt, daß es zu einer wirklichen Erörterung der sich aus § 50 und damit der Teilnahme am Sonderdelikt ergebenden Probleme nicht gekommen ist. Das Gericht hat sich meistens dem nur konstruktiven Problem, ob ein bestimmter Tatbestand echtes oder unechtes Amtsdelikt oder Sonderdelikt sei, mit großer Sorgfalt gewidmet und hat dann, wenn es diese Frage entschieden hatte, die aus der Fassung des § 50 angeblich sich ergebende verschiedene Behandlung beider Fälle einfach festgestellt. Ein solches Vorgehen kann aber angesichts der Tatsache, daß das RG doch selbst den hinter § 50 stehenden Gedanken als „strafpolitischen **Grundsatz**“ ansieht, wenig befriedigen. Wenn mit der bisherigen Darstellung auch die Reihe derjenigen Entscheidungen erschöpft ist, in denen das RG sich ausdrücklich mit der Zurechnung strafbegründender persönlicher Umstände auf die Teilnehmer (i. e. S.) beschäftigt, so müssen in diesem Zusammenhang doch noch zwei weitere Urteile angeführt werden, in denen es um Probleme geht, die an diese Frage unmittelbar angrenzen. Vielleicht lassen sich daraus wenigstens indirekt weitere Argumente für die Einstellung des RG in der hier interessierenden Frage gewinnen. Das RG begründet einmal seine Auffassung, warum ein Außenstehender auch nicht mittelbarer Täter eines Sonderdelikts sein könne, hier also eine Zurechnung strafbegründender Umstände (aus der Person des Werkzeugs) nicht zulässig sei, zum anderen legt es dar, warum § 50 a. F.³⁶ auch die **strafausschließenden** persönlichen Umstände erfasse. So führt es, um mit dem ersten Punkt zu beginnen, aus:

„Voraussetzung für die Annahme einer strafbaren mittelbaren Täterschaft ist jedoch, daß sich der mittelbare Täter durch die eigene Vornahme der Ausführungshandlung in gleicher Weise strafbar machen könnte. Besondere Straftaten, zu deren Tatbestand besondere Täter Eigenschaften gehören — wie die Beamteneigenschaft bei den Amtsverbrechen — können im Wege der mittelbaren Täterschaft nur von solchen Personen begangen werden, bei denen jene Täter Eigenschaften vorhanden sind . . . Es muß also geprüft werden, an wen (scl. die) Gebote und Verbote gerichtet sind. Soweit sie nur einem bestimmten Personenkreis Pflichten auferlegen, können nur Angehörige dieses Personenkreises . . . den Vorschriften zuwiderhandeln. Der Angeklagte gehörte aber nicht zu dem Kreis von Personen, denen durch die Vorschriften Pflichten auferlegt waren; er konnte dann diesen Vorschriften weder als Täter, noch als mittelbarer Täter zuwiderhandeln.“³⁷

Was das RG hier zur Frage der mittelbaren Täterschaft ausführt, ist ohne weiteres einleuchtend: Wem durch das Gesetz keine Pflichten auferlegt sind, der kann diesen Pflichten, da sie ihn nicht betreffen, auch nicht zuwiderhandeln. Umso überraschender ist es, wenn das RG im Anschluß an die obigen Ausführungen unvermittelt fortfährt: „Der Anstiftung zu einer Sonderstrafat kann sich auch der schuldig machen, der die Sonderstrafat wegen Mangels der vorausgesetzten persönlichen Eigenschaft als Täter, Mittäter oder mittelbarer Täter nicht begehen kann (vgl. RGSt 6 S. 414).“³⁸

Eine Begründung dafür, warum derjenige, der die von der Sonderstrafat geforderten Pflichten nicht zu erfüllen hat, plötzlich dann doch sich einer rechts- und damit auch pflichtwidrigen Teilnahme an der Pflichtverletzung eines anderen soll schuldig machen können, gibt das RG nicht. Vor allem ist auch in dem Verweis auf RGSt 6 S. 414 ff eine solche Begründung nicht zu sehen. Denn dort zieht es sich auf rein konstruktive Überlegungen zum „Begriff“ der Anstiftung zurück, ohne auf den sachlichen Grund der Bestrafung der Anstiftung einzugehen³⁹. Es ist aber alles andere als folgerichtig, die Straflosigkeit der (mittelbaren) Täterschaft damit zu begründen, daß dem Außenstehenden keine Pflichten, die er verletzen könnte, auferlegt sind, dann aber auf die Frage, welche Pflichten er als Anstifter und Gehilfe soll verletzen können, gar nicht einzu-

³⁵ Weitere Entscheidungen, die sich ausdrücklich mit der Zurechnung strafbegründender Merkmale befassen, habe ich nicht gefunden; lediglich auf zwei Urteile, die sich mit der mittelbaren Täterschaft und der Ausdehnung des § 50 auf die **strafausschließenden** Merkmale befassen, ist noch einzugehen; vgl. dazu sogleich oben im Text; andere in der Literatur zum Teil in diesem Zusammenhang angegebene Fundstellen befassen sich lediglich mit der Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Umstand als „**persönliches Merkmal**“ i. S. des § 50 angesehen werden kann; vgl. z. B. RGSt 26 S. 4, 25 S. 266, 23 S. 378; zum Teil auch 4 S. 302 und 3 S. 163.

³⁶ § 50 a. F. nannte im Gegensatz zur heute gültigen Formulierung nur die **straf erhöhenden** und **strafmindernden** Umstände ausdrücklich.

³⁷ RGSt 63 S. 315—317

³⁸ a. a. O. S. 318

³⁹ Vgl. im einzelnen oben S. 12.

gehen. Die gleichen Pflichten können es, jedenfalls nach Ansicht des RG, auf keinen Fall sein. Denn entweder binden die Pflichten auch den Außenstehenden, dann binden sie ihn aber auch im Falle seiner Täterschaft, oder er steht außerhalb des Kreises der Pflichtigen, dann muß das aber auch im Falle sonstiger „Beteiligung“ (d. h. Teilnahme) gelten.

Ganz offensichtlich ist das RG hier also davon ausgegangen, daß der Strafgrund der Teilnahme ein anderer sei als der, der für die Bestrafung der Täterschaft gilt. Das aber steht im Widerspruch zu seiner sonstigen Rechtsprechung, in der es die gemeinrechtliche Lehre von der „Schuldtelnahme“ entschieden verwirft und betont, der Anstifter mache sich in genau der gleichen Weise wie der Täter selbst schuldig⁴⁰. Wenn Anstifter und Gehilfen nicht deshalb bestraft werden, weil sie Schuld daran tragen, „daß ein anderer sich strafbar macht, sondern weil sie dazu mitwirken, daß eine der gefährlichen Handlungen, welche als solche im 2. Teil des StGB mit Strafe bedroht sind, verübt werden,“ dann trifft **dieser** Strafgrund in der gleichen Weise auch Mittäter, Täter und mittelbare Täter, denn auch diese verursachen, daß eine strafbare Handlung verübt wird. Das Reichsgericht setzt sich hier also — der Sache nach — mit seiner eigenen Lehre zum Strafgrund der Teilnahme in Widerspruch: Ist der Strafgrund bei Täterschaft und Teilnahme identisch, dann kann eine Mitwirkung in der Form der Mittäterschaft (oder mittelbaren Täterschaft) nicht deshalb straflos sein, weil es an einem Pflichtverstoß fehle, die Teilnahme (im engeren Sinne) aber strafbar, weil jetzt dieser Pflichtverstoß plötzlich vorliegt. Es zeigt sich also, daß das RG bei der Begründung der Straflosigkeit der mittelbaren Täterschaft eines Außenstehenden nicht nur eine überzeugende Abgrenzung gegenüber der Strafbarkeit der Teilnahme vermissen läßt, sondern sich darüber hinaus in neue Widersprüche verwickelt.

Als letztes sind noch die Argumente zu untersuchen, mit denen das RG die Ausdehnung des § 50 a. F. auf die **strafausschließenden** persönlichen Umstände begründet⁴¹: Den Ausgangspunkt für die Bemessung der Strafbarkeit des Teilnehmers bilde das Strafgesetz, das auf die Handlung des Täters anwendbar sei; vor allem komme es dabei auf die objektive Beschaffenheit der durch den Täter verschuldeten Rechtsverletzung an.

„Es kann aber auch nicht zweifelhaft sein, daß bei jenen Reaten, deren Tatbestand an und für sich durch ein bestimmtes, persönliches Verhältnis des Täters bedingt ist, oder welche durch das Vorhandensein eines solchen Verhältnisses eine besondere Qualifizierung erleiden, auch diese Momente bei Bestimmung der Strafbarkeit des Anstifters in Betracht zu ziehen sind; denn auch sie sind für die Frage, welches Strafgesetz auf die vom Täter verübte strafbare Handlung anzuwenden sei, von Bedeutung. Diese Abhängigkeit der Strafbarkeit des Anstifters von dem Charakter der Haupttat erstreckt sich aber nicht auf die Modalitäten der Anwendung⁴² des durch die Handlung des Täters bestimmten Strafgesetzes auf die einzelnen Mitschuldigen, also nicht auf die Strafzumessung, nicht auf die gesetzlich bestimmten Strafmilderungs- oder Strafschärfungsgründe . . . Bezüglich der strafmildernden oder strafschärfenden Eigenschaften oder Verhältnisse ist durch die positive Bestimmung des § 50 ausdrücklich anerkannt, daß diese Tatumstände nur bei demjenigen Täter oder Teilnehmer (Mittäter, Anstifter oder Gehilfe) in Betracht zu kommen haben, bei welchem sie vorliegen. Aus der Natur der Sache ergibt sich, daß das umso mehr bezüglich der **strafausschließenden Momente**⁴³ gelten muß, und es wurde offenbar vom Gesetzgeber als selbstverständlich vorausgesetzt, daß diese jedem Beteiligten persönlich⁴³ zugute kommen müssen.

⁴⁰ Vgl. schon RGSt 4 S. 379: Der Anstifter stehe dem Täter sachlich völlig gleich; genau wie der Täter verletze auch er das jeweils geschützte Rechtsgut und mißachte die Schutzvorschriften: ausführlich dazu auch RGSt 15 S. 316; diese Rechtsprechung wurde vom BGH (BGHSt 4 S. 358 = NJW 1953 S. 1878) ausdrücklich übernommen. Neuerdings spricht der BGH allerdings wie selbstverständlich davon, daß in bestimmten Fällen der Anstiftung „der Gedanke der Schuldtelnahme zurücktreten“ müsse (BGHSt 14 S. 174: § 257 I gelte auch dann, wenn der Angehörige des Vortäters nicht selbst begünstige, sondern dazu **anstifte**; „demgegenüber kann hier (!) die Strafbarkeit des Anstifters auch nicht damit begründet werden, daß er eine dritte Person hereinzieht und an ihrem strafbaren Tun teilnimmt. Bei der auflockernden (!) Wirkung, die § 50 I StGB den persönlichen Strafausschließungsgründen beimißt, muß jedenfalls in einem solchen Falle (!), in dem der angestiftete Dritte keinen anderen strafbaren Tatbestand als den der persönlichen Begünstigung eines Angehörigen des Anstifters erfüllt, der Gedanke der Schuldtelnahme zurücktreten.“ — Ausrufezeichen vom Verfasser). Diese Ausführungen des BGH müssen in jedem unbefangenen Leser den Eindruck erwecken, als ob die Schuldtelnametheorie in der Rechtsprechung generell als richtig anerkannt sei, während es doch, wie die oben angeführten Fundstellen zeigen, in Wirklichkeit genau umgekehrt ist. Wenn man aus der obigen Untersuchung der „ständigen Rechtsprechung“ zur Frage der Teilnahme am Sonderdelikt einen boshaften Schluß ziehen wollte, könnte man sagen, daß es nicht mehr lange dauern wird, bis in einer künftigen Entscheidung auf diese Stelle (BGHSt 14 S. 174) verwiesen wird, um damit die „von der Rechtsprechung ständig vertretene“ Schuldtelnametheorie zu belegen!

⁴¹ In RGSt 14 S. 103

⁴² Die Sperrungen stammen vom RG selbst

⁴³ Die Sperrungen sind aus der Amtlichen Sammlung übernommen.

Die in den Motiven zu § 50 betonte Absicht des Gesetzgebers, daß ein jeder lediglich nach dem Grade seiner⁴³ Verschuldung, wie sie sich nach seiner Tätigkeit und seinen Verhältnissen gestaltet, bestraft werde, muß naturgemäß bei Strafausschließungsgründen nicht minder durchschlagend erscheinen als bei bloßen Schärfungs- oder Milderungsgründen.“⁴⁴

Auch hier ist wieder das, was das RG zur persönlichen Anrechnung der strafbegründenden Umstände anführt, im Ergebnis ohne jeden Zweifel richtig. Nur ist nicht einzusehen, daß der richtig erkannte Grundsatz, „ein jeder sei lediglich nach dem Grade seiner Verschuldung, wie sie sich nach seinen Verhältnissen (!) gestaltet“, gerade bei den **strafbegründenden** persönlichen Verhältnissen des **anderen**, die eben nicht **seine** Verhältnisse sind, nicht gelten soll. Bei den strafbegründenden Umständen sieht sich das RG an eine streng wörtliche Auslegung des § 50 nicht mehr gebunden, bei den strafbegründenden Merkmalen hat es seine Meinung aber gerade auf dieses Argument gestützt⁴⁵.

Als Grund für diese verschiedene Behandlung der „strafbegründenden Umstände“ sieht das RG anscheinend auch an, daß die „Abhängigkeit der Strafbarkeit“ der Teilnahme sich nicht auf die „Modalitäten der Anwendung“ des Täterstrafgesetzes beziehe; und, so muß man folgern, ein strafbegründender Umstand sei eben nicht als „Modalität“ anzusehen und darum als „abhängig“ zu betrachten. Hierbei bleibt allerdings im Dunkeln, worin denn das Wesen einer derartigen „Modalität“ liegen soll. Aus dem mit „also“ angeführten Beispiel könnte man folgern, daß als „Modalitäten“ nur diejenigen Umstände anzusehen seien, die **lediglich** auf die Strafe Einfluß haben. Das aber ist offensichtlich falsch, denn die Beamteneigenschaft ist auch bei den unechten Amtsdelikten unstreitig ein Teil des **Tatbestandes**, sie ist also kein bloßes Strafbarkeitsmerkmal. Gleichwohl darf sie den Teilnehmern nicht zugerechnet werden.

Oder aber — und das ist die zweite Deutungsmöglichkeit für den Begriff der „Modalität“ — sie umfaßt nur diejenigen Merkmale, die nicht strafbegründend sind, dann aber ist die Argumentation des RG ein bloßer Zirkelschluß:

1. Strafbegründende Merkmale sind streng akzessorisch zu behandeln, sie werden von § 50 nicht erfaßt, da sie keine bloßen „Modalitäten“ sind.
2. „Modalitäten“ sind alle persönlichen Merkmale, die nicht **strafbegründend** sind.

Man sieht also, auch mit dem Begriff der „Modalität“ kann das RG seine Stellungnahme nicht stichhaltig belegen.

Ein letzter Fall aus der Praxis mag die kritische Betrachtung der Rechtsprechung beschließen. Es handelt sich um eine Entscheidung des **Preußischen Obergerichtsbereichs** vom 21. 2. 1872⁴⁶, ergangen also nach Inkrafttreten des Strafgesetzbuches für das Deutsche Reich. Das RG hat zur Begründung seiner Rechtsprechung, soweit ersichtlich, zwar auf dieses Urteil nicht verwiesen, es werden aber bereits hier ähnliche Überlegungen angestellt wie in der späteren Judikatur. Da auf dieses Urteil noch in einem anderen Zusammenhang⁴⁷ eingegangen wird, sei es hier etwas ausführlicher dargestellt:

Der Bäcker B hatte den Steuerbeamten S durch Bestechung veranlaßt, in einem öffentlichen Register Falsches einzutragen⁴⁸. Bezeichnend ist, daß das Schwurgericht den B von der Anstiftung zur (schweren) Falschbeurkundung (§§ 349, 48)⁴⁹ aus den Gründen des § 50 freigesprochen und ihn lediglich wegen Bestechung und Steuerhinterziehung verurteilt hat⁵⁰. Das Preußische Obergericht dagegen verurteilte auch aus §§ 349, 48 und führte dazu im wesentlichen folgendes aus: „Die Strafe des Anstifters ist demselben Gesetz zu entnehmen, wie die des Angestifteten. Eine Modifikation tritt nur durch § 50 ein. Die hier gemeinten besonderen Tatumsstände sind nicht etwa nur die höchstpersönlichen (rein individuellen) Umstände, wie

⁴⁴ a. a. O. S. 103, 104; der Fall ist übrigens auch in anderer Hinsicht sehr instruktiv: Die zum Strafantritt geladene A stiftet gemeinsam mit ihrer Mutter M eine Freundin F an, die Strafe für sie abzusitzen; die Mutter wurde gemäß § 257 II von der Anstiftung zur Begünstigung freigesprochen, die Tochter A (Täterin der Vortat) wurde ohne weiteres deswegen verurteilt. So bis in die neueste Zeit auch der BGH (vgl. etwa Band 5 S. 81 und Band 14 S. 174); bei dieser letztgenannten Entscheidung werden allerdings beiläufig einige Zweifel geltend gemacht; wie bei dem oben im Text behandelten Problem erschöpft sich die Rechtsprechung auch bei dieser Frage in rein konstruktiven Überlegungen, ohne auf den **Grund**, der hinter § 257 II steht und der den Vortäter selbstverständlich noch mehr trifft als seine Angehörigen, einzugehen; vgl. aus letzter Zeit auch noch BGH NJW 1962 S. 2260 ff, mit kritischer Anmerkung von Deubner.

⁴⁵ Vgl. oben S. 7 ff, insbesondere S. 12.

⁴⁶ In GA 20 S. 184 ff; dabei ist allerdings zu beachten, daß die Ausführungen Seite 184—186 zum Teil keine Zitate aus dem Urteil, sondern Bemerkungen des Herausgebers (Goldammer) sind.

⁴⁷ Bei der Frage der Auslegung des § 50 nach der Terminologie um 1870, vgl. unten S. 58 bis 63.

⁴⁸ Zum Zwecke der Steuerersparnis; darum stand damals § 349 (Absicht, Vermögensvorteile für sich oder einen anderen zu erzielen) in Frage; durch die Verordnung vom 29. 5. 1943 wurde dem § 348 ein Absatz 4 (schwerer Fall) beigefügt und § 349 gestrichen; dies spielt für den obigen Fall aber keine Rolle.

⁴⁹ Zu § 349 vergleiche die vorstehende Anmerkung.

⁵⁰ a. a. O. S. 184

Jugend, Rückfall, Verjährung, sondern alle mit der Tat verknüpften persönlichen Umstände . . . Auch die Beamteneigenschaft gehört zu den in § 50 erwähnten persönlichen Eigenschaften und Verhältnissen.

Diesen besonderen Tatumständen wird aber in § 50 nur insofern eine Einwirkung auf die Anwendung des Strafgesetzes beigelegt, als sie geeignet sind, die Strafbarkeit zu erhöhen oder zu vermindern⁵¹. Wenn aber solche persönliche Eigenschaften und Verhältnisse die Grundbedingung der Strafbarkeit überhaupt sind, wenn sie die Strafbarkeit erst hervorbringen, sie begründen⁵¹, dann gelangt der § 50 nicht zur Anwendung. Denn die in ihm ausgesprochene Abweichung von der in der Strafrechtswissenschaft anerkannten, aus dem Wesen der Anstiftung hervorgehenden Grundregel des § 48 darf nicht über den Wortsinn hinaus zu weiteren Beschränkungen des Grundprinzips benützt werden; sie gestattet namentlich nicht zu dem im angegriffenen Urteil ausgesprochenen Satze zu gelangen, der Anstifter sei so zu bestrafen, als wenn er die konkrete, individuelle Tat selbst begangen hätte, zu der er angestiftet hat. Die Anstiftung zu Blutschande, Doppelhehe und Ehebruch würde nach diesem Satze dann nur als solche strafbar sein, wenn — vorausgesetzt daß der Anstifter dieselben individuellen Handlungen vorgenommen hätte wie der Angestiftete — ebenfalls Blutschande, Doppelhehe und Ehebruch vorlägen; straflos wäre also derjenige Anstifter, der außerhalb derjenigen Familienverbindung steht, die im Einzelfall durch sein Verbrechen verletzt ist.

Bei richtiger Auslegung wird § 50 bei Anstiftung zu Amtsdelikten teils einschlagen, teils nicht, wenn nämlich kein Gemeindelikt vorhanden ist. Die Strafbarkeit wird hier durch Verletzung der Amtspflicht erhöht, dort erst geschaffen.“⁵²

Dazu, was das Obertribunal hier zur „Modifikation“ und zur engen Beschränkung auf den „Wortsinn“ sagt, gilt die oben⁵³ zu den entsprechenden Ausführungen des RG erhobene Kritik entsprechend. Was insbesondere die eng zu beschränkenden „Durchbrechungen“ der Grundregel der § 48 und § 49 angeht, so verkennt das Gericht, daß § 50 nicht minder eine „Grundregel“ enthält, und zwar einen Grundsatz **materieller Natur**, der sich aus den Erfordernissen der Gerechtigkeit⁵⁴ ergibt, während §§ 48 II und 49 II lediglich eine technische, konstruktive Regelung abgeben. Jedenfalls kann man den Zusammenstoß zweier Grundsätze nicht dadurch lösen, daß man den einen — ohne Begründung — zur Ausnahme erklärt. Daß auch § 50 einen „Grundsatz“ enthält, hat, wie oben ausgeführt, sogar das RG anerkannt.

Neu ist dagegen, was das Obertribunal zu den Tatbeständen der Blutschande, der Doppelhehe und des Ehebruchs ausführt. Die Befürchtung, bei einer Strafloserklärung der Teilnahme des Extraneus am echten Amtsverbrechen sei man zu dieser Konsequenz auch bei den hier genannten sowie weiteren Tatbeständen gezwungen, mag freilich auch bei der Rechtsprechung des RG im Hintergrund gestanden haben. Deutlich ausgesprochen wurde sie dort jedoch, soweit ersichtlich, nicht.⁵⁵

Zu dem Argument⁵⁶ selbst ist zweierlei zu bemerken: Der Täter eines (echten) Amtsdelikts wird deshalb bestraft, weil er sich gegen besondere, nur ihm und den anderen Intranei auferlegte Pflichten vergangen hat⁵⁷. Bei der Doppelhehe und dem Ehebruch handelt es sich um solche Sonderpflichten nicht, wie schon ein flüchtiger Blick auf die beiden Tatbestände zeigt. Denn bestraft wird nicht nur der Ehegatte selbst, sondern auch der andere Teil, der „Extraneus“, der mit ihm zusammen die neue Ehe eingeht bzw. die Ehe bricht. Die Strafdrohung ist für beide die gleiche. Das zeigt, daß das Gesetz die Pflicht, eine bestehende Ehe zu respektieren, nicht nur den Eheleuten selbst auferlegt, sondern in gleicher Weise **jedem Dritten**. Eine Vergleichbarkeit mit einem echten Amtsdelikt besteht also nicht. Der „persönliche Umstand“, „Ehegatte zu sein“, hat in den Fällen der §§ 171 und 172 weder die Eigenschaft, die Strafbarkeit zu begründen, noch sie zu erhöhen. Es ist lediglich ein Erfordernis des **Tatbestandes**, daß ein **Ehegatte mitwirkt**. Der andere Täter **selbst** — und dementsprechend auch ein Anstifter und ein Gehilfe — muß nicht „Ehegatte sein“. Die Ehegatteneigenschaft ist also kein „persönlicher Umstand“, der gemäß § 50 unübertragbar wäre.⁵⁸

Ähnlich liegt es bei der Blutschande. Auch hier richtet sich das Gebot, gewisse Verwandtschaftsverhältnisse von sexuellen Beziehungen freizuhalten, an alle Rechtsunterworfenen, nicht

⁵¹ bereits in GA gesperrt

⁵² GA. S. 186 ff

⁵³ Vgl. S. 12 und S. 15.

⁵⁴ So ausdrücklich die Motive; vgl. im einzelnen unten S. 63 bis 68.

⁵⁵ Anders dagegen die Literatur; vgl. unten S. 23 und 39 ff

⁵⁶ Wenn man die sich aus der Meinung A — angeblich! — ergebenden „unerträglichen“ Konsequenzen überhaupt als Argument gegen die Richtigkeit dieser Meinung gelten lassen will.

⁵⁷ So das RG in Band 63 S. 313 ff.

⁵⁸ Im einzelnen vgl. dazu und zum folgenden unten §§ 13 bis 17 insbesondere § 15

nur an einen bestimmten Kreis. Daß man diesem Gebot durch „eigenhändige“ Begehung nur innerhalb eines gewissen Kreises, nämlich der **eigenen** Verwandtschaft, zuwiderhandeln kann, bedeutet nicht umgekehrt, daß es erlaubt ist, bei einem Verstoß gegen dieses Gebot innerhalb eines **fremden** Verwandtschaftskreises mitzuwirken. Bei der Blutschande begründet somit der „persönliche Umstand“ ‚Verwandtschaft‘ die Strafbarkeit **aller** Tatbeteiligten, nicht nur die der „eigenhändigen“ Begehung. Das zeigt, daß das Merkmal „Verwandtschaft“ in § 173 genauso wenig wie die „Ehegatteneigenschaft“ im Tatbestand des Ehebruchs ein „besonderer persönlicher Umstand“ ist, auf den § 50 anwendbar wäre.

Dies mag an dieser Stelle zur Kritik an dem „Argument von den Konsequenzen“ genügen. Eine ausführliche Darstellung der Voraussetzungen, von denen die Anerkennung eines Delikts als Sonderdelikt abhängt, wird unten bei Darstellung der eigenen Meinung gegeben und näher begründet werden⁵⁹.

In einem weiteren Punkt fordert die Begründungsweise des Obertribunals Kritik heraus: Es konnte ihm unmöglich verborgen sein, daß zwischen einem echten Amtsdelikt und etwa dem Ehebruch tiefgreifende Unterschiede bestehen. Zu entscheiden war in seinem Fall die Teilnahme an einem echten⁶⁰ Amtsdelikt. Da die Teilnahme an solchen Delikten zur Zeit der gerade einige Monate zurückliegenden Partikulargesetzgebung in weiten Gebieten Deutschlands als straflos angesehen wurde⁶¹, andererseits die Möglichkeit einer Bestrafung aus § 271 sich eröffnet hätte, wären die Konsequenzen der Strafloserklärung der Teilnahme am echten Amtsdelikt in dem konkret zu entscheidenden Fall alles andere als unerträglich gewesen. Wenn man aber gleichwohl bestrafen zu müssen glaubte, dann hätten die Argumente auch wirklich auf die Teilnahme am **Amtsdelikt** zugeschnitten sein müssen. Es geht nicht an, das Problem A (echtes Amtsdelikt) nur deshalb im Sinne X zu lösen, weil man — fälschlich — glaubt, andernfalls das Problem B (Blutschande usw.), das, dort allerdings mit Recht, nur die Lösung X zuläßt, nicht richtig lösen, d. h., „strafwürdige“ Fälle nicht bestrafen zu können. „Daß eine Strafmöglichkeit fehlt, kann immer ertragen werden.“⁶²

Unzulässig aber ist der umgekehrte Weg: Um sich die — angeblich sonst fehlende — Strafmöglichkeit in Fällen, die unbedingt danach verlangen, zu erhalten, auch solche zu bestrafen, in denen der Grund der Bestrafung äußerst zweifelhaft ist und eine Notwendigkeit dazu, wie der Hinweis auf die Partikulargesetzgebung⁶³ gezeigt hat, nicht besteht. Jedenfalls aber kann die Strafbarkeit der Teilnahme am echten Amtsdelikt nur aus den ihr immanenten Gründen entnommen, nicht aber aus der Notwendigkeit der Bestrafung völlig anders gelagerter Fälle entliehen werden.⁶⁴ Daß der Rechtsprechung eine solche Begründung gelungen ist, wird man nicht behaupten können.

⁵⁹ Vgl. S. 83 bis 85, 89 ff.

⁶⁰ Was angesichts des § 271 allerdings zweifelhaft erscheint; als echtes Amtsdelikt wird § 348 allerdings bis heute von der h. M. angesehen (a. A. neuerdings Germann in Schw Z Str., 54 S. 373); warum aus dem Begriff „Bewirken“ geschlossen werden soll, daß das „Bewirken“ durch einen **vorsätzlich** handelnden Beamten nicht erfaßt sei, ist nicht recht verständlich.

⁶¹ Zum Teil kraft Gesetzes, zum Teil als Ergebnis von Rechtsprechung und Wissenschaft; vgl. Einzelheiten unten S. 58 ff.

⁶² Bockelmann S. 80.

⁶³ Vgl. oben § 3 Anmerkung ⁶¹; übrigens wird die Teilnahme am echten Amtsdelikt in Österreich auch heute noch nicht bestraft; vgl. oben S. 2.

⁶⁴ Ein solches Vorgehen verschleierte die Probleme nur; die Gerichte, insbesondere die Obergerichte, dürfen die Mängel des Gesetzes nicht zu-, sondern müssen sie aufdecken; „Der Richter decke die unvermeidlichen Mängel der Gesetze auf“; so Bumcke in seiner Antrittsrede als Reichsgerichtspräsident 1929 (zitiert nach der ihm gewidmeten Festschrift, Lebenslauf S. XI.)

Übersicht

Anders als in der Rechtsprechung finden sich bei Betrachtung der strafrechtlichen Literatur viele Stellen, in denen es zu einer e i n g e h e n d e n Auseinandersetzung mit dem Problem der Beteiligung eines Extraneus an einem echten Sonderdelikt kommt. Zwei verschiedene Methoden lassen sich dabei unterscheiden: Ein Teil des Schrifttums geht von dem Begriff des Sonderdelikts aus, versucht, die Sonderdelikte gegenüber dem allgemeinen Verbrechen abzugrenzen, und wendet sich erst von da aus der Teilnahme am Sonderdelikt, also insbesondere der Bedeutung des § 50, zu. Andere Autoren beschäftigen sich sofort mit der Auslegung dieser Vorschrift und dem Begriff der Teilnahme überhaupt und folgern aus den dabei gewonnenen Ergebnissen die Möglichkeit — oder Unmöglichkeit — einer strafbaren Teilnahme am Sonderdelikt. Der Sache nach geht es beiden Gruppen um das gleiche Problem, nämlich darum, ob strafbegründende persönliche Umstände, die nur beim Täter vorliegen¹, auch dem Teilnehmer angerechnet werden dürfen. Bei der kritischen Darstellung der in der Literatur vertretenen Meinungen erscheint es daher wenig sinnvoll, auf den lediglich methodischen Unterschied der Darstellungsweise abzustellen. Sinnvoller ist es, je nach dem sachlichen Ergebnis, zu dem die einzelnen Autoren kommen, zu differenzieren.

Drei Gruppen lassen sich danach bilden: Zunächst die der Zahl nach stärkste, die eine strafbare Teilnahme des Außenstehenden für möglich hält.² Die meisten Vertreter dieser Meinung beschränken die Strafbarkeit jedoch streng auf die Teilnahme im engeren Sinne, also auf Anstiftung und Beihilfe³, während eine Minderzahl auch die — mittelbare — Täterschaft nach den gleichen Gesichtspunkten behandeln, also für strafbar erklären will.⁴

Dieser ersten Hauptgruppe folgen die an Zahl ebenfalls nicht geringen Verfechter einer hier als Mittelmeinung bezeichneten Auffassung⁵, die zwar die Teilnahme des Extraneus am Sonderdelikt grundsätzlich für strafbar hält, aber den Außenstehenden — teils *de lege lata*, teils *de lege ferenda* — nicht dem vollen Strafrahmen des mit der Sonderqualität ausgerüsteten Täters unterwerfen will⁶, da das „Prinzip des § 50“ auch bei den echten Sonderdelikten wenigstens eine „gewisse“ Berücksichtigung verlange.

Den Abschluß bildet diejenige Auffassung, die die strafbegründenden Umstände mit den bloß strafändernden Merkmalen völlig gleich behandeln will.⁷ Auch hier lassen sich dann wieder — abgesehen von einigen nicht ganz eindeutig einzuordnenden Fällen⁸ — zwei Untergruppen trennen, von denen die erste nur dann eine persönliche Zurechnung fordert, wenn es sich um lediglich auf **Schuld** und **Strafe** bezogene persönlichen Umstände handelt⁹, dies dann aber unabhängig von der schuld- und strafändernden oder **begründenden** Wirkung.

Die zweite Untergruppe¹⁰ geht, insoweit in Übereinstimmung mit der h. M., davon aus, daß „persönliche Umstände“ auch solche sein können, die sich auf den Tatbestand und die Rechtswichtigkeit der Handlung beziehen.¹¹ Nur, und darin liegt der entscheidende Gegensatz zur h. M., will sie das Verbot der Zurechnung dieser persönlichen Merkmale nicht von dem mehr oder weniger zufälligen Umstand abhängig machen, ob sie die Strafe gerade begründen oder lediglich verändern.

¹ Daraus, daß besondere persönliche Verhältnisse die Strafbarkeit begründen, ergibt sich ja gerade der Begriff des Sonderverbrechens; vgl. Mezger, Lehrb. S. 451;

² Vgl. unten §§ 5 und 6

³ Vgl. unten § 5

⁴ Vgl. unten § 6

⁵ Vgl. im einzelnen unten § 7

⁶ Es wird dabei zum Teil nochmals nach Untergruppen differenziert, insbesondere bei Mezger; vgl. unten S. 31 f

⁷ Unten §§ 8 bis 10

⁸ Vgl. unten § 8

⁹ Vgl. unten § 9

¹⁰ Unten § 10

¹¹ z. B. die Beamteneigenschaft

I. Erste Gruppe: Die Beteiligung des Extraneus am echten Sonderdelikt ist strafbar aus dem Strafrahmen des Sonderdelikts.

1. Nur im Falle von Anstiftung und Beihilfe

Die hier aufzuführenden Autoren, die zudem — wenigstens im Ergebnis — mit der Rechtsprechung übereinstimmen, sind so zahlreich, daß man sie wohl als Vertreter der h. M. bezeichnen darf. Ihnen allen gemeinsam ist, daß sie — zum Teil ausdrücklich oder in größerem und geringerem Umfang — solche Beteiligungsformen, die sie in normalen Fällen ohne weiteres als mittelbare Täterschaft ansehen, im Bereich der Sonderdelikte kurzerhand als Anstiftung oder Beihilfe deklarieren¹ und so nur in seltenen Fällen wirklich zu einer straflosen Beteiligung eines Extraneus kommen².

Der praktische Unterschied zu der im Anschluß³ darzustellenden Meinung ist daher nur gering; gleichwohl sollen, da hier immerhin die **Möglichkeit** einer — straflosen — mittelbaren Täterschaft zugegeben wird⁴, beide Meinungen getrennt dargestellt und kritisiert werden. Im einzelnen ergibt sich folgendes:

a) Autoren ohne nähere Begründung

(Schönke-Schröder, Schäfer, Olshausen, Baumann, Wegner, Theis)

Ähnlich wie die Rechtsprechung begnügen sich auch viele Autoren damit, die Strafbarkeit der Teilnahme eines Extraneus einfach zu behaupten. Oft wird lediglich auf die ständige Rechtsprechung des RG und des BGH verwiesen und ausdrücklich oder konkludent den dort vertretenen — im einzelnen nicht wiedergegebenen — Gedanken zugestimmt. Auffallend ist dabei, daß man manchmal nach Wiedergabe des Standpunkts, den man de lege lata einnimmt, Bemerkungen findet, wie die, die gegenwärtige Lösung könne nicht „befriedigen“, sie sei „ungerecht“ o. ä.⁵ Derartige Stellen, in denen die h. M. lediglich zustimmend referiert, nicht aber begründet wird, finden sich z. B. bei Schönke-Schröder⁶, Schäfer⁷, Olshausen⁸, Baumann⁹, Wegner¹⁰ und Theis¹¹.

Es versteht sich von selbst, daß die soeben genannten Autoren selbständige Ansatzpunkte zu einer Kritik nicht bieten können. Da sie lediglich auf die h. M., insbesondere die „ständige Rechtsprechung“ rekurrieren, kann auch bei der Kritik nur auf das oben bei der Betrachtung der Rechtsprechung Gesagte verwiesen werden.

¹ Dagegen wendet sich mit Schärfe Bockelmann S. 17, 48 und 53.

² Manchmal sieht es auch so aus, als ob man in **allen** Fällen mittelbarer Täterschaft ohne weiteres auf Anstiftung umschalten wolle; typisch ist z. B. Schwarz-Dreher: „Wer also nicht Alleintäter sein kann, eignet sich nicht zum Mittäter, sondern nur zum Gehilfen oder Anstifter“ (§ 47 Anm. 1A); hier scheint es noch, daß der Extraneus als Anstifter nur bestraft wird, wenn er auch wirklich Anstifter ist; anders aber in Anm. 1 B vor § 47: „Mittelbare Täterschaft ist unmöglich bei Sonderdelikten, wenn dem „Veranlasser“ die Sondereigenschaft fehlt. Denn in derartigen Fällen fehlt ihm die Tätervoraussetzung und er ist (!) bloßer Anstifter, was auch bei echten Amtsdelikten möglich ist.“

³ Vgl. unten § 6

⁴ Vgl. unten S. 20 ff

⁵ So heißt es z. B. bei Schönke-Schröder § 50 A IV 3a nach dem zustimmenden Verweis auf einige Reichsgerichtsfundstellen, „sofern man nicht die Schuldteilnahmetheorie vertrete, befriedige das nicht“. Folgerungen daraus werden jedoch keine gezogen.

⁶ § 50 A IV 3a

⁷ In Dalcke-Fuhrmann-Schäfer, § 50 Anm. 3b: Auch hier findet sich wieder der oben im Text bereits genannte Versuch, die Straflosigkeit mancher Fälle durch gewaltsame Umdeutung von Täterschaft in Teilnahme zu verhindern: „Auf strafbegründende Eigenschaften und Verhältnisse (z. B. die Beamteneigenschaft bei den eigentlichen Amtsverbrechen) findet § 50 Abs. 2 keine Anwendung; sie werden jedem Beteiligten zugerechnet... Wer wegen Mangels der strafbegründenden Eigenschaften nicht Mittäter sein kann und auch nicht Anstifter ist, ist dann (!) wegen Beihilfe strafbar“.

⁸ § 50 Anm. 3 und Vorbem. zu § 47 Anm. 19a am Ende

⁹ S. 469; der Anschluß Baumanns in die h. M. ist aber deswegen sehr überraschend, weil er zunächst gegen die Schuldteilnahmetheorie überzeugende Argumente ins Feld führt (S. 454 ff), und dann hier, bei der Auslegung des § 50, darauf hinweist, daß nach dieser Theorie auch bei Teilnahme an einem unechten Amtsdelikt aus dem Strafrahmen des unechten Amtsdelikts bestraft werden müsse. Daß § 50 dies verbietet, zeige, daß das geltende Recht als Strafgrund nur die **Verursachung** gelten lasse; wie Baumann von seinem Ausgangspunkt die Anwendung des Strafrahmens des **echten** Amtsdelikts rechtfertigen will, bleibt leider offen.

¹⁰ Auch Wegner stimmt der h. M. zu; doch fährt er im Anschluß daran (S. 456) fort: „Das ergibt sich aus § 50. Ergibt es sich aus innerer Notwendigkeit und Gerechtigkeit?... Die Fragen sind bis heute noch nicht zur Ruhe gekommen.“

¹¹ S. 215

b) Der Umkehrschluß aus § 50

(Max Ernst Mayer, Frank, Maurach, Redslob, Krug)

Im Gegensatz zu den im letzten Abschnitt genannten Stellen findet man jedoch bei den meisten Autoren eine, wenn auch nur kurze Darstellung der Gründe¹², die die Strafbarkeit des teilnehmenden Extraneus rechtfertigen sollen. So berufen sich M. E. Mayer¹³, Frank¹⁴, Maurach¹⁵, Redslob¹⁶ und Krug¹⁷ auf die logische Figur des Umkehrschlusses, aus der sich die Richtigkeit der h. M. ergäbe: „Denn die §§ 48, 49 machen die Strafbarkeit des Teilnehmers nicht davon abhängig, daß er auch Täter sein kann. — Was das Wichtigste ist — § 50 nennt die strafbegründenden Umstände eben nicht“¹⁸. Was zunächst den ersten Teil dieses Satzes angeht, so ist er natürlich auch dann richtig, wenn es sich um einen lediglich strafe erhöhenden Umstand handelt: Auch dann müßte die hier behauptete Unabhängigkeit der Teilnehmerbestrafung (von der Möglichkeit, Täter zu sein) dazu führen, den Teilnehmer aus dem **erhöhten** Strafrahmen verantwortlich zu machen. Da dies aber gerade nicht der Fall ist, kann mit diesem Argument auch für den **strafbegründenden** Umstand nichts bewiesen werden. Der Umkehrschluß selbst aber ist bei Sätzen, die nur einen hinreichenden, nicht aber einen notwendigen Grund für die angeordnete Rechtsfolge enthalten, nicht zulässig. Daß die Rechtsfolge des § 50, nämlich Nichtanrechnung persönlicher Umstände, etwa nur dann eintrete, wenn die dort genannten Voraussetzungen (z. B. strafändernde Wirkung) vorliegen, kann von niemandem behauptet werden. Die Nichtanrechnung kann z. B. auch darauf beruhen, daß dem Teilnehmer ein persönlicher Umstand des Täters unbekannt ist. Bei einer derartigen Konstellation ist ein Umkehrschluß aus logischen Gründen zwingend ausgeschlossen¹⁹.

Dies wird im einzelnen unten bei Darlegung der eigenen Meinung noch eingehend nachgewiesen werden²⁰. Zur Kritik an dem Argument des Umkehrschlusses mag das hier Gesagte genügen.

Auch M. E. Mayer war offensichtlich von der Beweiskraft des von ihm zunächst ausdrücklich verwendeten *argumentum e contrario*²¹ nicht ganz überzeugt. Denn zwei Seiten später sagt er selbst, daß die Bestrafung des teilnehmenden Extraneus zwar der ganz herrschenden Meinung entspreche, „dagegen die Begründungen (scl. für diese herrschende Meinung) mannigfach und überall unbefriedigend“²² seien. Solange man aber „keine bessere“, und zwar positivrechtliche Lösung anbieten können, müsse man bei der Argumentation mit dem Umkehrschluß bleiben²³.

Gerade diese Begründung aber hat sich als nicht stichhaltig erwiesen.

c) Die akzessorische Natur der Teilnahme

(Schwarz-Dreher, v. Liszt-Schmidt, Beling, Birkmeyer, von der Lühle)

Eine andere Gruppe beruft sich vor allem auf das „akzessorische Wesen“ oder die „allgemeinen Grundsätze“ der Teilnahme. So heißt es etwa bei Schwarz-Dreher:

„Strafbegründende Umstände wirken nicht rein persönlich, selbst wenn sie persönliche Eigenschaften und Verhältnisse darstellen. Vielmehr gelten hier die allgemeinen Grundsätze über die Teilnahme und die Akzessorität“²⁴. Im Lehrbuch von v. Liszt-Schmidt wird zur Anrechnung der strafbegründenden Merkmale lediglich ausgeführt: „Hier gelangt also die Unselbständigkeit der Teilnahme zur vollen Anerkennung“²⁵.

Schließlich Beling:

„Den Merkmalen des gesetzlichen Tatbestandes braucht der akzessorische Teilnehmer nicht

¹² Besser gesagt: **Eines** Grundes! Denn fast immer wird nur jeweils ein einziger Grund angegeben, wenigstens in den Kommentaren und Lehrbüchern; nur in Monographien und Aufsätzen wird eine umfassende Begründung versucht; vgl. im einzelnen die weitere Darstellung oben im Text.

¹³ S. 410 nennt M. E. Mayer ausdrücklich das *argumentum e contrario*.

¹⁴ § 50 Anm. I sowie Anm. IV 1 vor § 47.

¹⁵ Lehrbuch S. 563: Die strafändernden Umstände seien in § 50 nun einmal genannt; die eigentliche Begründung sieht Maurach jedoch in der von ihm vertretenen Schulteilnahmetheorie; vgl. unten S. 23.

¹⁶ a. a. O. S. 8 f; im weiteren Verlauf seiner Arbeit kommt Redslob jedoch zu dem Ergebnis, daß **de lege ferenda** die strafändernden Umstände genauso wie die strafbegründenden behandelt werden müssen; vgl. vor allem a. a. O. S. 75 und unten S. 33 f.

¹⁷ a. a. O. S. 14 f.

¹⁸ Frank a. a. O.; für die Teilnahme am Militärdelikt nehmen Frank und M. E. Mayer im Gegensatz zur h. M. dagegen Straflosigkeit des Laien an; da dies jedoch mit den Besonderheiten des Militärstrafrechts erklärt wird (anderes Gesetzbuch, völlig verschiedenes Anwendungsgebiet und vor allem unvergleichbare Strafarten, vgl. M. E. Mayer S. 412 Anm. 16 und S. 413) kann die hier abweichende Stellungnahme insoweit für das Problem der Arbeit außer Betracht bleiben; zum heutigen Wehrstrafrecht vgl. unten § 18.

¹⁹ Es ist also nicht nur so, wie aber oft behauptet wird, daß in derartigen Fällen Analogie und Umkehrschluß gleichwertig nebeneinander stünden; vgl. dazu eingehend unten S. 71 ff.

²⁰ Vgl. daher unten S. 71 bis S. 74, insbesondere wegen der Quellennachweise.

²¹ S. 410.

²² S. 412.

²³ S. 412, im Rahmen der sich an obiges Zitat anschließenden Kritik der Naglerschen Lösung.

²⁴ § 50 Anm. 3.

²⁵ a. a. O. S. 348; der gleiche Wortlaut findet sich auch in den von v. Liszt allein noch besorgten Voraufgaben.

zu genügen . . . Nur beim Täter müssen sie (scl. die Merkmale nämlich) vorliegen“²⁶. Daß mit dem „haltlosen Schlagwort“²⁷ der „Akzessorietät“ eine sachliche Begründung nicht ersetzt werden kann, hat schon von Hippel²⁸ treffend nachgewiesen: Selbstverständlich sei es erforderlich, daß es aufgrund der Teilnahmehandlung zu einer Haupttat des Täters komme. „Denn sonst ist das Delikt (scl. des Teilnehmers) in der Vorbereitung stecken geblieben, die hier natürlich ebenso straflos ist, wie beim Alleintäter. Leider wurde diese einfache Wahrheit fortgesetzt verkannt. So kam man zwecks Begründung der Strafbarkeit der Teilnahme auf einen völlig verkehrten Weg. Man fordert statt der Begehung der Haupttat weiter deren Strafbarkeit, aus der die Teilnahme angeblich ihre Strafbarkeit ‚entlehne‘ (sog. „akzessorische Natur der Teilnahme). Dieser Mißgedanke beherrscht heute allgemein Theorie und Praxis und ist vielfach geradezu zu einem Ersatzmittel juristischen Denkens ausgeartet. . . . Es ist ein geradezu kulturwidriger und wissenschaftlich hilfloser Zustand, einen Menschen nicht für die eigene, sondern für fremde Tat und Schuld zu strafen.“²⁹ Die „Begründung“, die Zurechnung strafbegründender Umstände aus der Person des Täters auf die außenstehenden Teilnehmer ergäbe sich aus der „akzessorischen Natur der Teilnahme“, ist demgemäß nicht anzuerkennen. Selbst wenn man aber dem Gedanken einer „Entlehnung“ der Strafbarkeit folgen wollte, wäre immer noch nicht erklärt, warum bei **unechten** Sonderdelikt die Strafbarkeit des Teilnehmers der Strafbarkeit³⁰ des Täters nicht „entlehnt“ wird, beim **echten** Sonderdelikt dies dann aber wieder der Fall sein soll. Als ausreichende Begründung kann die bloße Berufung auf die „Akzessorietät“ daher in keinem Fall angesehen werden. Daß die Akzessorietät in der Tat als „häßliches, innerlich ganz überlebtes Dogma“³¹ anzusehen ist und daher eine sachliche Begründung nicht ersetzen kann, wird vollends klar, wenn man sich die Überlegungen vergegenwärtigt, mit denen Birkmeyer³² ihre angebliche Notwendigkeit begründet hat: Anstifter und Gehilfen setzten nur „Bedingungen“ für den Erfolg, daher seien ihre Handlungen nach allgemeinen Maßstäben genauso wie bloße Vorbereitungshandlungen straflos³³. Bestrafte man sie gleichwohl, so sei dies „nicht anders denkbar, als daß unser Gesetzbuch voraussetzt, daß er (scl. der Teilnehmer) durch seine Verschuldung hinsichtlich des Gesamterfolges ergänzt, was ihm an Verursachung desselben abgeht“³⁴. . . . Die Teilnahmehandlung ist somit weder straflose Vorbereitungshandlung noch Verursachung der Haupttat; da sie das Gesetz eben mit Rücksicht auf die Haupttat bestraft, ergibt sich daraus die akzessorische Natur der Teilnahme“³⁵. Birkmeyer schneidet also zunächst das strafbegründende Band der Kausalität durch, ersetzt es durch eine unklar vorgestellte Verkettung von Teilnahmehandlungen und Haupttat³⁶, bei der auch die Schulteilnahmetheorie eine Rolle spielt, und nennt das Ganze dann „akzessorische Natur der Teilnahme“.

Es erborgt sich und würde den Rahmen dieser Arbeit auch sprengen, auf die Birkmeyersche Ansicht und die wechselnden Formen, die die akzessorische Natur in der strafrechtlichen Entwicklung angenommen hat, näher einzugehen. Oben ist bereits gezeigt, daß selbst bei Anerkennung irgendwelcher Funktionen der „akzessorischen Natur“ für die hier zu entscheidende Frage nichts zu gewinnen ist. Das ist an sich auch selbstverständlich: Man kann nicht die Frage, wie weit in einem bestimmten Punkt³⁷ die Abhängigkeit der Teilnahme von der Haupttat geht, damit beantworten, daß man auf eben diese „Abhängigkeit an sich“ verweist. Akzesso-

²⁶ Grundzüge S. 62. Die Stellungnahme Berrys ergibt sich aus dem von ihm vertretenen restriktiven Täterbegriff (vgl. etwa Lehrb. S. 421 ff.) bei dem muß die Teilnahme als Strafausdehnungsgrund notwendig „akzessorisch“ abhängig sein. Aber auch er mußte doch begründen, warum die Teilnahme am echten Sonderdelikt eine andere „Akzessorietät“ einweisen soll, als die am unechten Sonderdelikt, daß ein einfacher Umkehrschluß dazu nicht genügt, ist oben schon nachgewiesen.

²⁷ von Hippel, Lehrbuch S. 162. Im gleichen Sinne auch Class, Verhältnis S. 88.

²⁸ Vgl. Lehrbuch S. 162. vor dem heute allgemein anerkannten extensiven Täterbegriff ausgehend. Dazu, daß es in der hier interessierenden Frage auch vom Boden eines restriktiven Täterbegriffs aus nicht bei einem einfachen Verweis auf die „Akzessorietät“ bleiben kann (vgl. oben § 5 Anm. 26 in der Stellungnahme zu Belling).

²⁹ Lehrbuch S. 162, Text und Anm. 2.

³⁰ Die Ausführungen von Hippels, die die extreme Akzessorietät trafen, gelten mutatis mutandis natürlich auch für die sog. „milde Akzessorietät“. Glaubte man damals die Strafe „entleihen“ zu müssen, so gilt dies heute für die Schuld, wenigstens aber für die Rechtswidrigkeit. Vgl. in einzelnen dazu unten § 9.

³¹ So schon Binding in GS 78 S. 41.

³² Teilnahme, insbesondere S. 35, 112 ff., 122, 132.

³³ a. a. O. S. 114, vgl. auch S. 256. Die Anstiftung könne deshalb als Verursachung nicht angesehen werden, weil man sonst die Willensfreiheit aufhöbe!

³⁴ a. a. O. S. 126.

³⁵ a. a. O. S. 146.

³⁶ Kritisch im gleichen Sinne auch H. H. Meyer S. 49.

³⁷ Neben der Anrechnung der strafbegründenden persönlichen Umstände

rietät im richtig verstandenen Sinn bedeutet nur, daß die Teilnahme von der Haupttat abhängig ist. Wie eng oder wie weit diese Abhängigkeit ist, ist damit aber noch nicht gesagt³⁸.

Auch von der Lühe³⁹ beruft sich zur Begründung der h. M. auf den Akzessorietätsgedanken: Wenn persönliche Umstände einen allgemeinen Tatbestand qualifizieren oder privilegieren, könne man bei der Bestrafung eines Teilnehmers zwar nicht auf den Sondertatbestand zurückgreifen; wo aber schon für den Grundtatbestand das Vorliegen von persönlichen Merkmalen Voraussetzung sei, „da kann nur der strenge Akzessorietätsgedanke Platz greifen. Strafbegründende Eigenschaften und Verhältnisse fallen also nicht unter § 50“⁴⁰.

Die Überlegungen, die dann zu der vom „Akzessorietätsgedanken“ her nicht zu erklärenden verschiedenen Behandlung von strafändernden und strafbegründenden Umständen angestellt werden, sind so kennzeichnend, daß sie hier ausführlich und im Wortlaut angeführt werden sollen: „Es erscheint allerdings auf den ersten Blick inkonsequent, daß der Teilnehmer an einem unechten Beamten delikt nicht für die Pflichtwidrigkeit des Täters verantwortlich gemacht wird, während diese Verantwortlichkeit beim echten Beamten delikt eintritt. Dieselben Umstände, die, wenn sie strafe erhöhend oder strafmindernd sind, individuell betrachtet werden, müssen, wenn sie strafbegründend sind, akzessorisch behandelt werden. Wenn man jedoch eine Akzessorietät der Teilnahme grundsätzlich durchführt, daneben aber in gewissen Fällen eine Durchbrechung zuläßt, so muß es ja irgendwo (!) eine Grenze zwischen beiden Prinzipien geben, die ganz klar umrissen sein muß. § 50 bedeutet einen Kompromiß zwischen Akzessorietät und individueller Schuldzurechnung⁴¹. Gegen die verschiedene Behandlung der gleichen persönlichen Umstände je nach ihrer strafbegründenden oder strafändernden Wirkung könne man auch nicht den Vorwurf der Inkonsequenz erheben, denn der außenstehende Teilnehmer eines unechten Amtsdelikts lade ja tatsächlich geringere Schuld auf sich als der Täter und darum sei die Anwendung eines geringeren Strafrahmens völlig gerechtfertigt⁴². „Wenn der persönliche Tatumstand nun strafbegründend ist, so müßte man eigentlich (!) aus dem Gesichtspunkt heraus, daß dem Teilnehmer die Pflichtwidrigkeit des Täters nicht zugerechnet werden kann, diesen straflos ausgehen lassen, aber das widerspricht unserem Gerechtigkeitsempfinden auf das Schwerste (!) ... Es ist klar, daß die Differenz zwischen der Schuld, die der Teilnehmer wirklich auf sich gelastet hat, und der Schuld der Teilnahme an der Handlung des Täters unvergleichlich geringer ist, als die Differenz zwischen der konkret vorliegenden Teilnehmerschuld und einer straflosen Handlung. Hier erfordert das Gerechtigkeitsempfinden Bestrafung des Teilnehmers ... m. E. liegt im Sinne der Gerechtigkeit (!) keine Inkonsequenz (!) darin, wenn man den Teilnehmer jeweils aus dem Strafrahmen bestraft, der, wenn er auch nicht völlig zutrifft (!), doch jedenfalls für die Schuld des Teilnehmers am nächsten liegt. Wer eben an einer strafbaren Handlung teilnimmt, muß sich ggf. auch eine besondere Pflichtverletzung des Täters anrechnen lassen, wenn eine individuelle Schuldzurechnung nicht möglich ist (!)“⁴².

Von der Lühe erkennt also richtig, daß nach der h. M. die besondere Pflichtverletzung des Täters dem Teilnehmer am unechten Sonderdelikt nicht angerechnet werden darf. Die Ausführungen, mit denen er dann die Anrechnung der besonderen Pflichtverletzung beim echten Sonderdelikt zu begründen versucht, sind derart widerspruchsvoll, daß es einer ausführlichen Kritik wohl nicht bedarf. Daß „im Sinne der Gerechtigkeit keine Inkonsequenz“ darin liegen soll, jemanden wegen einer Pflichtverletzung, die ihm „an sich“ gar nicht zugerechnet werden darf, gleichwohl zu bestrafen, ist juristisch kein Argument, sondern eine erst zu beweisende Behauptung. Daß sich dieses Ergebnis ausgerechnet als Folge des § 50 einstellen soll, der nach dem erklärten Willen des Gesetzgebers⁴³ den „allgemeinen Satz zur Geltung bringen“ wollte, „daß ein jeder lediglich nach dem Grade seiner Verschuldung, wie sie sich nach seinen Verhältnissen gestaltet, bestraft werden soll“⁴⁴, ist nicht ohne Überraschungseffekt.

Zusammenfassend muß also von den hier wiedergegebenen, von Schwarz-Dreher bis von der

³⁸ Vgl. Class, Verhältnis S. 83: „Die Akzessorietät ist — wie § 50 zeigt — nicht Beweisgrund, sondern Beweisthema“; ferner, auf der gleichen Seite Anm. 2: „Die (viel mißbrauchte) Akzessorietät ist nie mehr als eine (ausfüllungsbedürftige) Begriffshülse. Denn sie sagt nur (formal), daß zwischen Haupttat und Beihilfe eine Beziehung besteht, aber nicht, wie sich diese Beziehung im Einzelfall gestaltet.“

³⁹ Hamburger Dissertation von 1940

⁴⁰ a. a. O. S. 8, ähnlich auf S. 50; von der Lühe schließt also nicht von dem Wortlaut des § 50 auf die angeblich streng durchzuführende Akzessorietät bei den strafbegründenden Umständen, sondern begründet umgekehrt die Anwendung des § 50 mit einer a priori angenommenen Notwendigkeit der Zurechnung dieser Merkmale, die sich eben aus der Akzessorietät ergeben soll; vgl. dazu auch oben im Text.

⁴¹ S. 29

⁴² a. a. O. S. 30; die Ausrufezeichen sind hier hinzugefügt worden.

⁴³ Seit 1943 im Gesetztext (§ 50 I), vorher noch schärfer und entschiedener in den Motiven; vgl. dazu eingehend unten S. 63 ff

⁴⁴ Motive zu § 50 am Ende (vgl. Entwurf Dezember 1870); auch dazu Näheres unten S. 64 f

Lühe versuchten Begründungen gesagt werden, daß auch die Berufung auf die „akzessorische Natur“ der Teilnahme als stichhaltige Begründung der Strafbarkeit des teilnehmenden Extraneus nicht angesehen werden kann.

d) Die Lehre von der Schuldtteilnahme

(Maurach, Jagusch, H. Mayer, Less, Schaffstein)

Auch Maurach schließt sich der h. M. im Ergebnis an⁴⁵. Wenn er sich auch an einer Stelle⁴⁶ anscheinend auf das argumentum e contrario zurückzieht⁴⁷, so liegt der Schwerpunkt seiner Begründung doch in einer anderen Überlegung⁴⁸:

„Jeder Teilnahme ist das Moment einer gewissen Korruption des Vordermanns eigen, sei es, daß der böse Wille des Anstifters ... sich überträgt, sei es, daß (scl. der Täter) in seinem eigenen bösen Willen bestärkt wird“⁴⁹.

Es braucht hier indessen nicht auf die Berechtigung der Schuldtteilnahmelehre eingegangen zu werden. Von Hippel⁵⁰ und Bockelmann⁵¹ haben sie m. E. mit überzeugenden Argumenten widerlegt. Auch das RG und der BGH haben sie abgelehnt⁵². In unserem Zusammenhang kommt es aber darauf, ob man generell die Lehre von der Schuldtteilnahme oder die m. E. richtige Verursachungstheorie vertritt, nicht an: Geht man nämlich von der Schuldtteilnahme aus, dann kann man zwar zunächst ohne weiteres erklären, warum die außenstehenden Teilnehmer am echten Sonderdelikt aus dem Strafraum des auf den Täter zutreffenden Delikts bestraft werden müssen.

Man kommt aber daran nicht vorbei, daß das Gesetz beim unechten Sonderdelikt den Rückgriff auf den Gedanken der Schuldtteilnahme ausdrücklich verbietet⁵³. Wenn aber dort, wo es sich lediglich um eine **Erhöhung** der Strafe handelt, eine Rückwirkung der höheren Schuld und Strafe des Täters auf den Teilnehmer verboten ist, dann muß man wenigstens begründen, warum dann, wenn es um die Strafbarkeit überhaupt geht, von Schuld-„Teilnahme“ wieder die Rede sein soll. Es ist keine Frage, daß die Lehre von der Schuldtteilnahme auch beim unechten Sonderdelikt den außenstehenden Teilnehmer aus dem Strafraum des qualifizierten Tatbestandes bestrafen müßte. Auch vom Boden dieser Theorie aus ist also eine unterschiedliche Behandlung von strafändernden und strafbegründenden persönlichen Merkmalen nicht zu rechtfertigen. Das Prinzip der Schuldtteilnahme ist insofern nichts anderes als eine mit sachlichen Gehalt versehene „Akzessorietät“, und auch hier kann man nicht die Frage, wie **weit** im Einzelfall die Abhängigkeit gehen soll, mit einem Hinweis darauf beantworten, daß überhaupt eine (Schuld-) Abhängigkeit besteht. Bei den (schuld- und) **strafändernden** Umständen besteht, wie § 50 zeigt, eine derartige Abhängigkeit nicht. Es ist infolge dessen eine bloße Behauptung, aber keine Begründung, daß bei den strafbegründenden Merkmalen eine derartige Abhängigkeit gegeben sei⁵⁴. Auch die Anhänger dieser Theorie haben also eine Begründung für die Strafbarkeit der Teilnahme am echten Sonderdelikt nicht zugeben vermocht.

e) Sonstige Begründungsversuche

(Niethammer, Sauer, Nagler, Hans-Hermann Meyer)

Es bleibt eine letzte Gruppe von Autoren zu behandeln, die zwar im Ergebnis der h. M. zustimmen, dafür aber neue Argumente vorbringen, die sich nicht unter die oben gehandhabte Einteilung nach „Umkehrschluß“, „akzessorische Natur“ und „Schuldtteilnahme“ bringen lassen.

Niethammer⁵⁵ glaubt, eine Ausdehnung⁵⁶ des § 50 auf die strafbegründenden Merkmale deshalb ablehnen zu müssen, weil eine derartige Ausdehnung zu unhaltbaren Ergebnissen führen würde; er führt folgendes Beispiel an:

⁴⁵ Vgl. Lehrbuch S. 198

⁴⁶ Lehrbuch S. 563

⁴⁷ Vgl. dazu oben S. 20

⁴⁸ Weitere Anhänger dieser Lehre sind wohl Jagusch, vgl. a. a. O. S. 329; hierher gehören ferner H. Mayer, S. 319 f., Less in ZStW 69, S. 47, Schaffstein ZStW 57 S. 323; zu Maurach vgl. aber auch die nächste Anmerkung

⁴⁹ Zitiert nach Schuld S. 61; ähnlich auch in Grundriß S. 128; in Lehrb. S. 534 jedoch nur in sehr eingeschränktem Maße

⁵⁰ Vgl. oben S. 21

⁵¹ S. 46 gerade mit Rücksicht auf § 50

⁵² Vgl. zur Stellung des BGH aber oben § 3 Anmerkung 40

⁵³ Durch § 50 nämlich, und zwar gerade nach der Auslegung der h. M.; Bockelmann S. 46 folgert daraus, m. E. zu Recht, daß das Gesetz diesen Gedanken generell ablehnt.

⁵⁴ Abgesehen davon, daß man nicht die **gleichen** Umstände dann, wenn sie von relativ untergeordneter Wirkung sind (nämlich die Strafe **nur ändern**), den Teilnehmern aus „Gründen der gerechten Strafzumessung“ nicht anrechnen darf, um aber dann, wenn die Wirkungen erheblich größer sind (bei den **strafbegründenden** Umständen), diesen Grundsatz gerechter Zumessung über Bord zu werfen; vgl. schon oben S. 22 und eingehend unten §§ 12 ff bei der Begründung der eigenen Meinung.

⁵⁵ a. a. O. S. 170

⁵⁶ Niethammer behandelt die Frage lediglich de lege ferenda.

B verkuppelt seinen Freund F mit seiner, des B, Schwester. Gelte nun die Regel des § 50 auch für die strafbegründenden Umstände, dann müsse man den B wegen Anstiftung zur Blutschande verurteilen; denn in seiner Person lägen die persönlichen Umstände, die den normalerweise straflosen Geschlechtsverkehr zu einem strafbaren, weil blutschänderischen machten, vor. Er, nämlich der B, müsse dann nach § 173 II bestraft werden, was aber offensichtlich unhaltbar sei.

Daß ein derartiges Ergebnis „unhaltbar“ ist, ist richtig. Nur hat diese Frage mit einer Ausdehnung des § 50 auf die strafbegründenden Merkmale nicht das geringste zu tun. Es fehlt nämlich bereits der **Tatbestand** der Blutschande. § 173 II setzt voraus, daß es zu einer geschlechtlichen Vereinigung **zweier Geschwister** kommt. Daß es in dem Beispiel Niethammer gerade daran fehlt, ist nicht zu übersehen⁵⁷.

Sauer⁵⁸ räumt zwar ein, die Ungleichbehandlung von echten und unechten Amtsdelikten zeige, „wie brüchig die bisherige Lehre ist“, und daß man eigentlich auch bei den strafbegründenden Merkmalen „die Durchführung der Einzelhaftung gemäß dem Schuldprinzip erwarten sollte“. Ihre Nichterwähnung im Gesetz könne aber jetzt, „nachdem die Verordnung von 1943 die bisher vermifsten **Ausschließungsumstände** aufgenommen hat, nicht mehr dahin verstanden werden, daß das Prinzip auch auf diese Gruppe (scl. die **strafbegründenden** Merkmale) ausgedehnt werden solle; das Gesetz wollte jedenfalls nunmehr eine abschließende Regelung treffen“. ⁵⁹

Auch diese Überlegung kann nicht überzeugen. Die Verordnung von 1943 hat lediglich das, was die Rechtsprechung⁶⁰ entgegen dem Wortlaut des damaligen § 50 I für die **strafausschließenden** Merkmale entwickelt hatte,⁶¹ in den jetzigen § 50 II übernommen. War damals, nach 1870, eine über den Wortlaut hinausgehende Auslegung zulässig und richtig, dann kann eine weitere, auch die **strafbegründenden** Umstände erfassende Auslegung nicht als unzulässig angesehen werden. Zudem, das sei an dieser Stelle allerdings nur angedeutet, wäre hier selbst der ausdrücklich erklärte⁶² Wille des Gesetzgebers nicht maßgebend. Auch der Gesetzgeber ist an den Gleichheitssatz des Art. 3 GG gebunden und kann nicht eine Regelung einführen, nach der völlig gleiche Sachverhalte verschieden behandelt werden⁶³. Auch die Tatsache der Neufassung des § 50 kann daher als Argument für eine generelle Übertragung strafbegründender Umstände auf andere Teilnehmer nicht gewertet werden.

Den eingehendsten Begründungsversuch zur Stützung des Ergebnisses⁶⁴ der h. M. hat Nagler⁶⁵ unternommen⁶⁶. Sein Gedankengang ist im wesentlichen folgender:

Die Aufgabe des Strafrechts liege darin, daß „der Wille des Einzelnen, der gegen die Rechtsmacht sich auflehnt und sich damit als ein feindliches Element erwiesen hat, gebrochen werden muß.“ Dennoch sei festzuhalten, „daß die unmittelbaren Objekte des verbrecherischen Angriffs die unter den Schutz des Rechts gestellten konkreten Lebensgüter sind.“⁶⁷ Die Aufgabe, den rechtsfeindlichen Willen der einzelnen zu brechen, löse sich „in der Welt der äußeren Erscheinungen“ in den auf den Schutz der Rechtsgüter gerichteten Ge- und Verbote der Strafgesetze auf. Es sei daher wichtig festzustellen, an wen diese Ge- und Verbote sich richten, also die „Adresse der Normen“⁶⁸ zu erkennen. Viele Normen richteten sich an alle Rechtsunterworfenen, ander dagegen begründeten Handlungs- oder Unterlassungspflichten nur für einen Teil der Bürger. „Ob solche speziellen Pflichtenkreise begründet werden oder nicht, hängt im wesentlichen von zwei Gesichtspunkten ab: a) entweder ist das zu respektierende Rechtsgut, dessen Verletzung oder Gefährdung der strafrechtlichen Reaktion unterstellt werden soll, so geartet, daß es nur einer besonderen Gruppe der Untertanen erreichbar ist. Die Beschränkung der recht-

⁵⁷ Niethammer hätte allenfalls das umgekehrte Beispiel bilden können, nämlich, daß F den Bruder mit seiner eigenen Schwester zum Geschlechtsverkehr anstiftet. Hier hätte er dann fragen können, ob das „persönliche Verhältnis“ des B (die Geschwistereigenschaft) dem F zuzurechnen ist. Vgl. zu dieser Frage schon oben (bei der Kritik des Urteils des Preussischen Obergerichtes) S. 15 ff und eingehend unten S. 83 ff. Nach der dort begründeten Ansicht ist dieses Verhältnis kein „besonderes“ Merkmal und unterfällt deshalb nicht dem § 50; Teilnahme an Blutschande u. ä. Delikten ist also strafbar.

⁵⁸ S. 226

⁵⁹ a. a. O. S. 226

⁶⁰ Unter überwiegender Zustimmung der Lehre

⁶¹ Seit RGSt 15; vgl. oben S. 14 ff

⁶² Als derartige Erklärung kann aber auch § 50 II nicht angesehen werden, vor allem angesichts des zugleich aus den Motiven von 1870 in den Gesetzestext übernommenen jetzigen § 50 II

⁶³ Vgl. im einzelnen unten S. 74 bis 79

⁶⁴ Dies gilt vor allem für die Amtsdelikte; bei den Unzuchtsdelikten, dem Ehebruch und ähnlichen Tatbeständen, die von der h. M. häufig auch als Sonderdelikt angesehen werden, vertritt Nagler dagegen eine andere Auffassung; vgl. unten S. 25

⁶⁵ Die Teilnahme am Sonderverbrechen, 1903

⁶⁶ Seine **Argumente** sind aber von anderen Vertretern der h. M. angegriffen worden. Vgl. im einzelnen unten S. 20, S. 30, S. 27 Anm. 100

⁶⁷ a. a. O. S. 5

⁶⁸ a. a. O. S. 7

lichen Verpflichtung auf die Personen, deren Obhut das Rechtsgut überantwortet ist, ergibt also die Logik der Sachlage . . . z. B. bei der unparteiischen Rechtspflege. b) Oder die Rechtsordnung glaubt, zur Erreichung ihrer Aufgaben, insbesondere zur Herbeiführung solcher Veränderungen der Außenwelt, die dem Rechtsleben förderlich erscheinen, nicht die Allgemeinheit der Rechtsgenossen in Bewegung setzen zu müssen. Dann gebietet sie nur bestimmten Personenkategorien.“⁶⁹

Im Anschluß daran entwickelt Nagler seine Auffassung, wonach Täterschaft von Teilnahme sich dadurch unterscheidet, daß der Täter **verursache**, der Teilnehmer aber **nur eine Bedingung setze**⁷⁰. Zu den hier interessierenden Punkten heißt es weiter:

„Die Auflehnung⁷¹ des Individuums wider die Ver- oder Gebote der Rechtsordnung bildet den Kern und die spezifische Wesenheit des Verbrechens. . . Die rechtliche Beziehung, die wir als Täterschaft beurteilen, kann mithin nur in der Person der Rechtsgenossen begründet werden, die als Adressaten der verpflichtenden Rechtsvorschrift in dem konkreten Pflichtenkreis stehen, aus dem sich die einzelne rechtswidrige Tat als Ausschnitt ergibt. . .⁷² Die Rechtsordnung unterwirft nur diese Personengruppen ihrem Herrscherwillen. Nur sie sind daher jenen Verpflichtungen und den an ihre Verletzung sich anschließenden Strafansprüchen des Staates verfallen. Jeder Dritte, dem das charakteristische persönliche Merkmal, wonach die Adresse der Vorschrift sich bestimmt, ermangelt, ist außerstande, unmittelbar in Widerstreit mit jenen Ver- und Geboten zu treten. Seine Handlung ist unter keinen Umständen eine rechtswidrige. Dem ganz gleichen Vorgang haftet nicht das Urteil der rechtlichen Mißbilligung an.“⁷³ . . . Täter des Sonderverbrechens kann also nur der durch die Sondervorschrift Verpflichtete sein“⁷⁴.

Das gleiche müsse folgerichtig auch für die mittelbare Täterschaft gelten, wie Nagler dann eingehend begründet⁷⁵. Zwar könne die intellektuelle Urheberchaft den Täter in den Stand setzen, „Bedingungen zu schaffen und als deren Konsequenz Wirkungen herbeizuführen, die er als physischer Urheber nicht hätte hervorbringen können. Doch gilt dieser Grundsatz nur auf dem Gebiete des physischen Geschehens, wo es sich um die faktische Erreichbarkeit des Angriffsobjekts handelt“⁷⁶. Nicht aber beansprucht er auch insoweit Gültigkeit, als es sich um besondere rechtliche, dem Individuum mangelnde Qualifikationen handelt. Ein Ersatz rein physischer Hilfsmittel ist jederzeit zu beschaffen, allein rechtliche Voraussetzungen können für die Person des Täters nicht surrogiert werden. Nur soweit eine rechtliche Gleichwertigkeit der Beteiligten besteht, kann die Begehungsform der sog. mittelbaren Täterschaft dem einzelnen über Schwierigkeiten hinweghelfen, die einer bestimmten Verbrechenverübung entgegengestanden haben. Denn das Wesen der mittelbaren Urheberchaft beruht lediglich in der besonderen Art der Anwendung des Kausalitätsgesetzes. Ist der Einzelne vermöge der besonderen Richtung des Ver- oder Gebotes aber überhaupt nicht imstande, dieser Vorschrift zuwiderzuhandeln, so kann auch die Tatsache nichts daran ändern, daß er . . . durch das Mittel einer (scl. vinkulierten) Person einen äußeren Erfolg herbeiführen kann, der ein Sonderverbrechen darstellen würde . . . der nicht vinkulierte handelt sittlich schuldhaft, aber er entbehrt der rechtlichen Schuld“⁷⁷ . . . Er hat das Geschehene stets nur mit seinen eigenen Qualitäten zu verantworten“⁷⁸.

⁶⁹ a. a. O. S. 9; im Folgenden, insbesondere S. 22—25, begründet N. dann seine etwas abweichende Meinung bez. des Rechtsguts der Amtsdelikte: Nicht die Dienst- oder Amtspflicht sei geschützt, das obliege allein der jeweiligen Disziplinarordnung. Die Aufnahme gewisser Verbote in das Strafgesetzbuch zeige, daß es sich um keine bloße Amtspflicht, sondern um eine davon qualitativ verschiedene „Sonderpflicht“ der Amtsträger handle; auch dies erscheint angreifbar, man denke zum Beispiel nur an den Kampf um die Aufnahme der einfachen Bestechung in das StGB (vgl. in den Motiven zum E. Juli und Dezember 1869). Von dem zufälligen Ausgang eines solchen rechtspolitischen Kampfes kann es aber unmöglich abhängen, welche Qualität das geschützte Rechtsgut hat. Auch diese Frage kann jedoch auf sich beruhen, da Nagler weitere Folgerungen daraus nicht ableitet. Ein terminologischer Wert einer solchen Differenzierung liegt allenfalls darin, daß man nun die durch eine Kriminalstrafe geschützten Dienstpflichten von den übrigen unterscheiden kann. Ein sachlicher Unterschied in der sonstigen Auffassung der durch die (echten) Amtsdelikte geschützten Rechtsgüter besteht jedenfalls nicht, da auch Nagler ausdrücklich von den sich „aus dem Amt ergebenden Sonderpflichten“ spricht.

⁷⁰ S. 46 f; diese und ähnliche zeitbedingten Besonderheiten müssen hier wenigstens kurz dargestellt werden, da das weitere Verständnis der Naglerschen Auffassung z. T. davon abhängig ist, vgl. unten S. 27

⁷¹ Vgl. dazu schon oben S. 24

⁷² S. 47

⁷³ S. 48

⁷⁴ S. 51

⁷⁵ S. 71—75

⁷⁶ Hier berührt sich Nagler mit dem von mir oben S. 16 (zum Urteil des Pr. Obertribunals) Ausgeführten; vgl. auch bei Nagler S. 69 Anm. 2: Mittelbare Täterschaft bei den Unzuchtverbrechen hält Nagler also durchaus für möglich.

⁷⁷ S. 72

⁷⁸ S. 73

Gleiches gelte natürlich auch für die Mittäterschaft⁷⁹.

Was Nagler bisher zur Frage der **Täterschaft** des Extraneus ausgeführt hat, ist einleuchtend und entspricht durchaus auch der eigenen Meinung. Dies ändert sich jedoch sogleich, wenn Nagler sich der Teilnahme (im engeren Sinne) zuwendet. Zunächst behauptet er, die in § 50 genannten persönlichen Umstände, die die Strafbarkeit erhöhen oder vermindern, seien „reine **Strafbarkeitsmerkmale**“⁸⁰, während die strafbegründenden Umstände als **Begriffsmerkmale** aufzufassen seien. Zwischen beiden bestehe eine „fundamentale Verschiedenheit“⁸¹. Bereits hier hat die Kritik einzusetzen. Die Beamteneigenschaft zum Beispiel — das ist allgemein anerkannt — ist nach der heutigen Terminologie ein Merkmal des **Tatbestandes**, kein bloßes Strafbarkeitsmerkmal, und zwar unabhängig davon, ob es sich um ein unechtes oder echtes Amtsdelikt handelt. Warum sie in der Terminologie Naglers kein „**Begriffsmerkmal**“ darstellen soll, begründet Nagler leider nicht. Wenn er damit nur ausdrücken will, daß es ohne das Vorliegen strafbegründender Umstände eben bereits an einem **Grundtatbestand** fehle, während die strafverändernden Umstände einen solchen voraussetzen und ihn lediglich verändern, so gibt er damit lediglich eine **Beschreibung der Funktion** eines strafbegründenden Merkmals, woraus sich aber durchaus nicht ergibt, daß es sich seinem **Inhalt** nach von einem „nur“ strafändernden Umstand unterscheidet.⁸² Diesen angeblich „fundamentalen“ Unterschied benutzt Nagler dazu, die aus der Nichtanrechnung strafändernder Umstände anscheinend sich ergebende Forderung, diese „Billigkeitsmaxime“⁸³ auch bei den echten Sonderdelikten anzuwenden, als nicht durchschlagend zu erklären — trotz des dann eintretenden „auffälligen Mißverhältnisses der Proportionierung der Strafen“⁸⁴ der Teilnahme am unechten im Verhältnis zur Teilnahme am echten Sonderdelikt. § 50 sei daher auf die strafbegründenden Umstände nicht anzuwenden, und zwar weder im positiven noch im negativen Sinne: Der fundamentale Unterschied beider Kategorien von persönlichen Merkmalen verbiete sowohl die Analogie⁸⁵ wie auch den Umkehrschluß.

Da oben bereits gezeigt wurde, daß ein derartiger **inhaltlicher** Unterschied nicht besteht, muß auch die Folgerung, die Nagler daraus zieht, abgelehnt werden. Daß ein Umkehrschluß dagegen aus anderen Gründen unzulässig ist, wurde oben⁸⁶ bereits erwähnt⁸⁷.

Daß sich aus der „akzessorischen Natur der Teilnahme“ für das hier zu entscheidende Problem nichts ergeben kann, wurde dagegen von Nagler klar erkannt: „Der Grundsatz der Abhängigkeit der Teilnahmehandlung setzt eben das Dasein einer solchen voraus. Er regelt die Beziehung der existenten Teilnahme zur Haupttat... Die Tatsache, daß das Gesetz generell die Teilnahmehandlung nach der Haupttat sich richten läßt, beweist indessen noch nicht das mindeste dafür, ob es im speziellen Falle die Möglichkeit einer relevanten Beteiligung bejaht. Die Akzessorietät kann erst da einsetzen, wo die Verantwortlichkeit des Teilnehmers überhaupt bereits entschieden ist.“⁸⁸

Nagler sieht sich daher gezwungen, nicht die allgemeinen Grundsätze der Teilnahmelehre, sondern „das Wesen des Sonderverbrechens zur Beurteilungsgrundlage zu nehmen“⁸⁹. Dazu führt er, im Anschluß an seine bereits oben wiedergegebene Ansicht⁹⁰ zum Rechtsgut der Sonder-, insbesondere der Amtsdelikte, aus: Diese Rechtsgüter seien zwar „zunächst“ nur den Angehörigen der jeweiligen Sondergruppen zugänglich und daher „bloß von ihnen verletzbar“⁹¹, da die Rechtsordnung diese Ge- und Verbote nur für die jeweils näher bezeichneten Personen aufgestellt habe⁹². Aber, und jetzt folgt die entscheidende Überlegung Naglers, daraus ergebe sich lediglich, daß die Intranei „primär der Vinkulierung unterworfen sind“⁹³, neben dieser „speziellen prinzipalen“ gebe es aber auch eine „allgemeine sekundäre Gehorsamspflicht“⁹⁴. „Die Rechtsgüter, die zunächst nur von einem engeren Kreise der Unter-

⁷⁹ S. 79

⁸⁰ Vgl. S. 88 oben, S. 90 untere Hälfte, S. 96 letzter Absatz

⁸¹ S. 96

⁸² Vgl. den obigen Verweis auf das Merkmal „Beamteneigenschaft“

⁸³ S. 99 Mitte

⁸⁴ S. 99 letzter Absatz; im gleichen Zusammenhang heißt es sogar: „Das Gesetz scheint wider die obersten Grundsätze der Gerechtigkeit zu verstoßen...“ (S. 100).

⁸⁵ S. 96–98

⁸⁶ Vgl. S. 23

⁸⁷ Dies wird im weiteren Verlauf der Arbeit noch ausführlich begründet werden; vgl. unten S. 71 ff

⁸⁸ S. 110 1. Absatz, vgl. dazu schon oben S. 20 f

⁸⁹ S. 110, unter c)

⁹⁰ Vgl. oben § 5 Anm. 69

⁹¹ S. 111

⁹² S. 113, unter d)

⁹³ S. 114 oben

⁹⁴ S. 114, am Ende des 1. Abs.

tanen gefährdet oder verletzt werden können, fordern Respektierung ihrer Unverletztheit von allen“⁹⁵.

Den naheliegenden Einwand, warum trotz der angeblich für alle bestehenden „Respektierungspflicht“ eine (mittelbare) Täterschaft ausgeschlossen sei, beantwortet Nagler damit, daß ein „äußerlich durchaus gleichartiger Erfolg — herbeigeführt von einem Nichtangehörigen der Gruppe — für die rechtliche Bewertung einen ganz anderen Charakter (scl. habe), als wenn ein Beamter oder dergleichen der Täter wäre. Die Rechtsordnung erkennt in dem Vorkommnisse der Außenwelt nicht das von ihr Verpönte wieder. Eine Auflehnung wider ihre Gebote hat nicht stattgefunden, die Gehorsamspflicht des Untertanen ist nicht gebrochen worden. Wenn aber ein Intraner als Täter den ihm verbotenen und daher für ihn verbrecherischen Erfolg heraufbeschworen hat, wenn... der Extrane mit einem tauglichen prinzipialen Angreifer verbündet vorgeht“, dann sei seine, des Extranen, „Beziehung zu dem angegriffenen Rechtsgut... ja eine ganz andere, (als) wenn er allein auf sich gestellt tätig wird.“⁹⁶ ... „Das Rechtsgut ist auch dem Extranen zugänglich geworden, zwar nicht im Sinne der Verursachung des verbrecherischen Erfolges, wohl aber durch Setzen von Bedingungen dazu. **Dieser** Mitwirkung kann die Rechtsordnung nicht untätig gegenüberstehen. Sie muß im Interesse des Rechtsgüterschutzes... auch die Willensbetätigungen verbieten, die zwar von keinem Angehörigen der (unmittelbar gebundenen) Gruppe ausgehen, aber doch einen geeigneten Angriff auf das geschützte Lebensgut enthalten.“⁹⁷

Wem die besondere persönliche Eigenschaft, an die ein Sondertatbestand anknüpfe, fehle, für den bestehe lediglich „kein Verbot der Verursachung des verbrecherischen Erfolges“⁹⁸, bezüglich des Setzens von **Bedingungen** aber, „also in zweiter Linie“⁹⁹ sei auch er „der verpflichtenden Vorschrift mitverfangen“⁹⁹.

Es ist klar, daß dieser „sekundären Gehorsamspflicht“, die sich nur auf das Setzen von „Bedingungen“ erstreckt, der Boden entzogen ist, wenn man mit der heutigen Lehre einen Unterschied von „bloßer Bedingung“ und „Ursache“ nicht mehr anerkennt. Man könnte jedoch versuchen, die Naglersche Auffassung damit zu retten, daß man das „Setzen von Bedingungen“ durch „Verursachen in der Form von Anstiftung und Beihilfe“ ersetzt. Aber auch dann bestehen durchgreifende Bedenken: Ist nämlich auch die Teilnahme „Verursachung“, und ist also auch die Verursachung den Extranen verboten, dann sind die Begriffe „primäre und sekundäre Gehorsamspflicht“ nur noch ein leeres Spiel mit Worten. Abgesehen von der angeblichen Parallelität zwischen der „sekundären Gehorsamspflicht“ und dem „Setzen von Bedingungen“ gibt Nagler als Begründung für die Existenz einer derartigen, alle bindenden „Respektierungspflicht“ nur noch den **rechtlichen** Gesichtspunkt an, die Rechtsordnung dürfe auch **dieser** Mitwirkung gegenüber „nicht untätig bleiben“ und der Schutz der Rechtsgüter „erfordere“ eine derartige Ausweitung des Kreises der Verpflichteten. Daß eine angeblich bestehende rechtspolitische Notwendigkeit der Bestrafung eine dogmatische Begründung nicht ersetzen kann, liegt auf der Hand¹⁰⁰.

Noch ein weiterer, schwerwiegender Einwand ist zu erheben: Geht man schon von dem Begriff einer auch die Extranen bindenden „Sekundärpflicht“ aus, dann liegt ein Verstoß gegen diese Pflicht im gleichen Umfange auch bei der Teilnahme am **unechten** Amtsdelikt vor. Hier darf aber, nach ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung, der Ungehorsam gegen diese „Sekundärpflicht“ dem Außenstehenden gerade **nicht** angelastet werden. Abgesehen von dem oben schon widerlegten Hinweis darauf, daß es sich beim unechten Amtsdelikt nur um ein reines Strafbarkeitsmerkmal im Gegensatz zum „Begriffsmerkmal“ handeln soll, geht Nagler auf diese Frage nicht ein. Gerade hierin, in dieser ungleichen Behandlung gleichartiger Sachverhalte liegt aber, wie schon mehrfach gezeigt, erst das eigentliche Problem. **Diese** Frage kann aber mit dem Hinweis auf eine rein konstruktive Verschiedenheit strafbegründender und strafändernder Merkmale nicht aus der Welt geschafft werden.

Eine befriedigende Begründung dafür, warum einem Teilnehmer strafbegründende persönliche Merkmale, die nur beim Täter vorliegen, zugerechnet werden sollen, hat also auch Nagler nicht zu geben vermocht.

Bei Nagler findet sich schließlich auch eine Begründung für die bis in die neueste Zeit vertretene Meinung¹⁰¹, mittelbare Täterschaft eines Extraneus sei ganz oder fast immer ausge-

⁹⁵ S. 115

⁹⁶ S. 114

⁹⁷ S. 115 Mitte

⁹⁸ S. 115

⁹⁹ S. 116

¹⁰⁰ Das haben schon M. E. Mayer a. a. O. S. 412 und Oetker a. a. O. S. 306 in Ihrer Kritik an Naglers Theorie betont.

¹⁰¹ Die hier aber immer ohne Begründung vertreten wird, vgl. schon oben S. 2 und S. 19

schlossen und eine tatsächliche Beteiligungsform, die bei einem „normalen“ Delikt als mittelbare Täterschaft angesehen werde, sei bei den echten Sonderdelikten zu einer Form der Teilnahme (im engeren Sinne) umzudeuten. Damit wird das zunächst so rechtsstaatlich klingende Bekenntnis, auf eine Bestrafung „strafwürdiger Fälle“ manchmal verzichten zu müssen, natürlich weitgehend entwertet. Es ist deshalb auch bei Nagler nicht recht verständlich, warum er zunächst die Straflosigkeit der mittelbaren Täterschaft eines Extraneus ausführlich begründet, dann aber, wie sogleich gezeigt wird, genauso eingehend darlegt, warum es mittelbare Täterschaft eines Extraneus in diesen Fällen gar **nicht geben könne**, und hier immer Teilnahme (im engeren Sinne) anzunehmen sei.

Bei der Lösung dieser Frage geht Nagler gleichfalls von der Unterscheidung in Bedingung und Ursache aus. Das sei bei der Beteiligung mehrerer an einer Tat überhaupt die einzige Möglichkeit, Täterschaft von Teilnahme zu trennen¹⁰². Als eigentliche Teilnahme sei daher nur die Beihilfe aufzufassen. § 48 dagegen sei de lege lata eine „Verschmelzung“ beider Begriffe¹⁰³. Gleichwohl müsse man in jedem Fall der Anstiftung fragen, ob „Urheberschaft“ oder eigentliche Teilnahme vorliegen; denn „der Anstiftende . . . zielt auf den **verbrecherischen Erfolg** selbst ab. Zu diesem kann er sich nur so stellen, daß er ihn entweder **verursachen** oder nur **fördern** will . . . Je nach der Gestaltung seines Willens ist seine Tätigkeit bald ein Akt der **Urheberschaft**, bald bloßen **Gehilfentums**“¹⁰⁴. . . „Überall da, wo das Geschehene Ausdruck des Urheberwillens des Anstifters sein kann, ist die Kategorie der intellektuellen Urheberschaft wirksam. Der Anstifter ist mithin in der Regel (echter) mittelbarer Täter“¹⁰⁵. . . „Dagegen ist die Anstiftung in den übrigbleibenden Fällen der Gehilfenschaft einzuordnen . . .“¹⁰⁶. Das gelte vor allem bei der Beteiligung des Extraneus an einem Sonderdelikt: „. . . Auch die Inanspruchnahme eines primär Vinkulierten (scl. kann) den nicht zu jener Klasse Gehörigen nicht zum Urheber des Verbrechen Erfolgs stempeln. Da ihn der Gesetzesbefehl nur sekundär bindet, kann er den Urheberwillen überhaupt nicht fassen“¹⁰⁷. . . Da der Extraneus der Urheberschaft zum delictum proprium überhaupt unfähig ist, kann er auch lediglich als **Ratgehilfe** daran teilnehmen: Seine Anstiftung charakterisiert sich füglich unter allen Umständen nur als intellektuelle Beihilfe . . .“¹⁰⁸

Als Fazit ergibt sich, daß der Extraneus auch dann, wenn er nach allgemeinen Grundsätzen mittelbarer Täter und daher straflos wäre, gleichwohl bestraft wird, da er mittelbarer Täter nicht **sein kann** und daher **Teilnehmer sein muß**¹⁰⁹.

Die Prämissen, von denen Nagler bei seinen Schlußfolgerungen ausgeht, sind oben kritisiert worden. Eine Wiederholung ist daher insoweit überflüssig. Hier soll noch einmal auf den verblüffenden Gang und das Ergebnis der gesamten Deduktion hingewiesen werden:

1. Die Beteiligung eines Außenstehenden an einem Sonderdelikt in der Form der (mittelbaren) Täterschaft darf nicht bestraft werden, da er nicht zu dem Kreis der „primär Verpflichteten“ gehört.
2. Da er außerhalb dieses Kreises steht, **kann er nicht** (mittelbarer) Täter sein, er ist **immer** nur Teilnehmer im engeren Sinne.
3. Ergo muß er wegen seiner Beteiligung bestraft werden.¹¹⁰

Zunächst untersucht Nagler also die Strafbarkeit eines Verhaltens (Satz 1), das es, wie Satz 2 zeigt, gar nicht gibt. Gleichwohl werden aus der Untersuchung dieser nicht existierenden Beteiligungsform Thesen von der primären und sekundären Gehorsamspflicht abgeleitet: Dem Extraneus sei zwar nicht die Verursachung, wohl aber das Setzen von Bedingungen verboten. Nachdem man so eine — zunächst! — begrenzte Möglichkeit strafbarer Beteiligung des Extraneus begründet hat, wird festgestellt, daß die Beteiligung eines Extraneus nie „Verursachung“ (gleich Täterschaft), sondern immer nur Teilnahme (im engeren Sinne) sein kann. Daraus ergibt sich denn „zwingend“, daß **jede** Beteiligung eines Außenstehenden strafbar ist.

Der Nachweis dieses Zirkelschlusses bestätigt das bereits oben gefundene Ergebnis, daß die These Naglers von der Existenz einer „sekundären“ Gehorsamspflicht aller Bürger eine bloße

¹⁰² Vgl. S. 124 ff insbes. S. 134

¹⁰³ S. 135

¹⁰⁴ S. 143

¹⁰⁵ S. 146 f.

¹⁰⁶ S. 147

¹⁰⁷ S. 147

¹⁰⁸ S. 148

¹⁰⁹ Straflosigkeit müsse und könne nur noch dann eintreten, wenn infolge der damals vertretenen extremen Akzessorität der „intra-ne Täter“ selbst nicht strafbar sei; vgl. Nagler S. 148 ff. Vom Boden der heutigen sog. „limitierten Akzessorität“ aus dürfte ein Fall der Straflosigkeit also kaum jemals noch eintreten!

¹¹⁰ Falls das Tun des Intraneus den Anforderungen genügt, die man an eine „strafbare“ oder „mit Strafe bedrohte“ Handlung stellt; diese Frage hat aber mit der oben entwickelten generellen Möglichkeit der Bestrafung wegen „Teilnahme“ nichts zu tun.

Behauptung bleibt¹¹¹. Es wäre zudem ein merkwürdiges Gesetz, das einem gewissen Kreis von Personen zwar verbietet, mit entfernten, weniger wichtigen Beiträgen an der Verletzung eines Rechtsgutes mitzuwirken, die unmittelbare Verletzung diesen gleichen Personen aber gestatten wollte.

Der letzte der Autoren, die in diesem Zusammenhang anzuführen sind, ist Hans-Hermann Meyer¹¹². Er schließt sich zunächst der Lehre Naglers an¹¹³, versucht dessen Ergebnis aber mit einigen anderen Argumenten zu untermauern: Persönliche Umstände im Sinne des § 50 seien nur solche, „die gleichsam unabhängig von der Tat bestehen“; sie müßten „die Person des Täters als solche kennzeichnen“. Es kämen daher nur diejenigen Umstände in Frage, „die auch das Unterscheidungsmerkmal zwischen den engeren und weiteren Verbrechen darstellten.“¹¹⁴

Damit gibt Meyer der Lehre Naglers von dem Ausscheiden der „Begriffsmerkmale“ nur ein moderneres Gewand. Sachlich gilt auch hierzu das bei Nagler Bemerkte¹¹⁵.

H.-H. Meyer fährt dann fort: „Außerdem müsse noch eine **innere** Beziehung des Unterscheidungsmerkmals zu dem übrigen Verbrechensinhalt gefordert werden“. Diese „innere Beziehung“ träte „zwar äußerlich nicht besonders in Erscheinung . . . etwaige Bedenken träten aber bei der Erwägung zurück, daß das Vorhandensein dieser Beziehung immer dann zu bejahen ist, falls deren Fehlen zu verneinen ist.“¹¹⁶

Es wird weder begründet, **warum** eine „innere Beziehung“ hinzutreten müsse, noch, **worin** diese Beziehung bestehen soll. Vor allem ist unverständlich, warum die „Verneinung des Fehlens“ (!) einer solchen Beziehung leichter fallen soll als die „Bejahung des Vorhandenseins“ (!). Die Natur dieser „inneren Beziehung“ wird vollends schleierhaft, wenn man als Schlußfolgerung liest, „die Eigenart der persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse im Sinne des § 50 ist somit nach unserer Auffassung ein ausschließlich konstruktives Merkmal und damit in erster Linie formalrechtlicher Art.“¹¹⁷.

Anhaltspunkte zu weiterer sachlicher Kritik können solchen Auslassungen nicht abgewonnen werden. Ein ferneres Eingehen erübrigt sich daher.

Sämtliche Gesichtspunkte, die zur Stützung der h. M. vorgetragen wurden, haben nicht überzeugen können. Es fragt sich daher, mit welchen Argumenten die sonst noch vertretenen Auffassungen arbeiten.

¹¹¹ Worauf auch schon Oetker a. a. O. (vgl. oben § 5 Anm. 100) hingewiesen hat.

¹¹² Würzburger Diss. von 1940

¹¹³ S. 17 f; insoweit kann auf die obigen Bemerkungen zu Nagler selbst verwiesen werden.

¹¹⁴ a. a. O. S. 26

¹¹⁵ Vgl. oben S. 24 bis S. 28

¹¹⁶ S. 26

¹¹⁷ S. 28

2. Auch die — mittelbare — Täterschaft eines Extraneus ist strafbar (Oetker, von Hippel, Conrad, von Bar, Allfeld, Hafter)

Natürgemäß gehen auch die hier aufzuführenden Autoren von den Thesen und Begründungen der h. M. aus, um die Strafbarkeit der Extranei **überhaupt** zu begründen. Insoweit ist eine erneute Darstellung überflüssig. Es geht hier allein darum, wie sie ihre Meinung in dem Punkt, in dem sie über die h. M. hinausgehen, begründen. Nur dann, wenn zum Verständnis **dieser** Deduktion die Darlegung der Gründe, aus denen die Strafbarkeit der Teilnahme im engeren Sinne abgeleitet wird, erforderlich erscheint, soll auch auf diese kurz hingewiesen werden. Eine **kritische** Stellungnahme ist dann aber überflüssig, da dies bereits im vorigen Abschnitt geschehen ist.

So geht z. B. Oetker¹ im Anschluß an Nagler davon aus, daß bei den Sonderdelikten für die Außenstehenden eine „sekundäre Gehorsamspflicht“ bestehe². Im Gegensatz zu Nagler hält er dann aber auch die mittelbare Täterschaft eines Extraneus³ für möglich und strafbar:

Da die Schuld eines derartigen Tatbeteiligten gegenüber der bloßen Anstiftung oder Beihilfe viel höher sei, müsse man im Wege einer „allgemeinen und daher zulässigen Analogie“ auch die Bestrafung der mittelbaren Täterschaft fordern. Damit erfährt der oben kritisierte Zirkelschluß Naglers⁴ nur eine neue, „konsequente“ Fortführung:

1. Ein Extraneus kann als Täter nicht bestraft werden, da er nur einer „sekundären Gehorsamspflicht“ unterliegt.
2. Diese sekundäre Pflicht begründet jedoch seine Verantwortlichkeit als **Teilnehmer**.
3. Täterschuld ist größer als Teilnehmerschuld, daher muß er auch als Täter bestraft werden.

Auch diese „Begründung“ ist daher in Wirklichkeit nur eine Behauptung, die sich im Kreise dreht. Im einzelnen darf daher auf das oben bei der Kritik an Nagler⁵ Ausgeführte verwiesen werden.

Auch von Hippel und, im engen Anschluß an ihn, Conrad vertreten mit Nachdruck die Meinung, daß ein Grund für eine Verschiedenbehandlung von — mittelbarer — Täterschaft eines Extraneus und Teilnahme im engeren Sinne nicht vorhanden sei⁶; durch beide Formen der Beteiligung mache sich auch der Extrane strafbar. Bei den sog. Sonderdelikten, bei denen die berufliche oder amtliche Stellung strafbegründend wirke, handele es sich „keineswegs um eine Befreiung Dritter von der Gehorsamspflicht, sondern darum, daß nur bestimmte Personen physische Täter sein können“⁷. Der Ausdruck „Sonderdelikt“ sei unbedenklich, „wenn damit lediglich eine kurze Benennung für alle Fälle gegeben sein soll, in denen persönliche Eigenschaften oder Verhältnisse strafbegründend wirken. Andernfalls ist er irreführend, weil es scheint, als ob für solche ‚Sonderdelikte‘ noch irgendetwas ‚Besonderes‘ gelte. Irrtümlich ist insbesondere die Annahme, daß bei solchen Delikten das Gesetz (bzw. die Norm) nur von den im Tatbestand bezeichneten Personen (z. B. Beamten) Gehorsam fordere. Wäre das richtig, so würde daraus logisch zwingend folgen, daß nicht nur mittelbare Täterschaft, sondern auch Anstiftung und Beihilfe Dritter unmöglich wären... Das Wesen des Sonderdelikts aber liegt nicht hierin, sondern lediglich darin, daß nur die im Tatbestand bezeichneten Personen diese Delikte als physische Täter begehen können. Dies und nur dies steht im Gesetz, das hier wie überall in seiner Fassung auf den physischen Täter abgestellt hat“⁸. Aus der „akzessorischen Natur“ könne man für eine Verschiedenbehandlung nichts ableiten⁹.

¹ S. 303

² Die Begründung Naglers greift er zwar an (vgl. schon oben § 5 Anm. 111); für ihn ergibt sich diese (sekundäre) Respektierungspflicht vielmehr als „Produkt einer Verbindung von (primärer) Sondernorm und einem allgemeinen Anstiftungs- und Beihilfeverbot“ (a. a. O. S. 306). Daß Oetker dabei aber selbst einer *petitio principii* zum Opfer fällt, liegt auf der Hand: Die Teilnahme eines Extraneus sei verboten, weil es eben neben der primären Sondernorm — ein allgemeines Teilnahmeverbot gebe!

³ Vgl. dazu die eingehenden Ausführungen oben S. 27 f

⁴ Vgl. oben S. 28

⁵ Vgl. oben S. 28 und 29

⁶ Ähnlich auch von Bar, S. 661 und Allfeld, S. 215. Hafter vertritt für das Strafrecht der Schweiz bei entsprechender Gesetzeslage die gleiche Meinung: über die Strafwürdigkeit beider Beteiligungsformen bestünden wohl keine Bedenken; daher sollte die Bestrafung nicht an „formalen Bedenken allein“ scheitern, vgl. a. a. O. S. 221; in Anm. 4) auf dieser Seite vertritt er jedoch für die Desertion eine abweichende Meinung, da ein Zivilist diese Norm „nicht zu respektieren habe!“ Warum diese Respektierungspflicht in den anderen Fällen dagegen bestehen soll, begründet auch Hafter nicht.

⁷ v. Hippel, Lehrbuch S. 168

⁸ v. Hippel, II S. 482

⁹ Vgl. dazu die schon oben S. 21 wiedergegebenen Äußerungen v. Hippels; s. auch Conrad S. 76 f; Conrad ist dabei nicht ganz so entschieden wie v. Hippel, da er die Strafbarkeit der Täterschaft eines Extraneus nur dann als gegeben ansieht, wenn man davon ausgeht, daß auch die Anstiftung usw. strafbar sei (vgl. a. a. O. S. 77).

Gegen die Begründung, mit der eine Gleichbehandlung von mittelbarer Täterschaft und Teilnahme gefordert wird, läßt sich zunächst nichts einwenden. Zweifelhaft erscheint jedoch der Ausgangspunkt beider Autoren, daß nämlich die Beteiligung eines Extraneus **überhaupt** strafbar sei. Auf den **dabei** entscheidenden Punkt geht Conrad gar nicht, von Hippel nur sehr kurz ein. Warum nämlich das **gleiche** Merkmal, z. B. die Beamteneigenschaft, den Außenstehenden bei einem unechten Amtsdelikt nicht belasten soll, während bei der Beteiligung am echten Amtsdelikt gerade daraus die Strafbarkeit abgeleitet wird, begründet v. Hippel nur en passant damit, daß ein strafbegründender Umstand ein „begriffsnotwendiges Deliktsmerkmal“¹⁰ sei. Die Mitwirkung eines Beamten ist zur Begehung eines **unechten** Amtsdelikts aber genau so „begriffsnotwendig“ wie beim echten Amtsdelikt. In beiden Fällen ist die Beamteneigenschaft ein Tatbestandsmerkmal. Auch beim unechten Amtsdelikt „verursacht“ der Außenstehende, daß ein Beamter handelt, gleichwohl darf ihm diese Tatsache hier nicht angerechnet werden. Als befriedigende Erklärung für diese sachlich unterschiedliche Bewertung beider „Verursachungen“ ist aber, wie schon oben¹¹ ausgeführt, ein Verweis auf einen lediglich konstruktiven Unterschied nicht anzusehen. Als richtig ist daher an den Ausführungen v. Hippels und Conrads nur anzuerkennen, daß Teilnahme und mittelbare Täterschaft dem Strafgrund nach **gleich** zu behandeln sind; ob diese Gleichbehandlung in Bestrafung oder Straflosigkeit beider Fälle bestehen muß, bleibt allerdings weiterhin offen.

II. Zweite Gruppe: Der Strafrahmen des Sonderdelikts ist für Außenstehende herabzusetzen (Mezger, Welzel, Lange, H. Mayer, Binding, Germann)

Die Autoren, mit denen sich die Arbeit bisher befaßt hat, kamen alle, wenn auch mit unterschiedlichen Begründungen, zu dem Ergebnis, daß auf die Teilnahme eines Extraneus der Strafrahmen des Sonderdelikts anzuwenden sei. Die meisten¹ haben dieses Resultat, in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung², jedoch auf die Teilnahme im engeren Sinne beschränkt. Nur eine kleine Gruppe³ hat die Extranen auch dann als strafbar angesehen, wenn ihre Beteiligung mittelbare Täterschaft war.

Anders die Anhänger der jetzt darzustellenden Auffassung: Die Teilnahme⁴ eines Außenstehenden am echten Amtsdelikt sei zwar strafbar, es dürfe jedoch nicht der volle Strafrahmen des Sonderdelikts angewendet werden, da dieser auf **den** Täter gemünzt sei, der selbst die Sonderqualität (z. B. Beamteneigenschaft) besitze und sich daher in „größerem Maße“ schuldig mache. Mezger⁵ begründet diese These wie folgt:

„Der Nichtqualifizierte ist im Falle . . . einer Teilnahme an der Sonderstraftat⁶ stets in einem nach Beihilfegrundsätzen gemilderten Strafrahmen zu strafen. Dies ergibt sich zwingend aus dem Vergleiche mit den Fällen, in denen die persönliche Eigenschaft des Qualifizierten . . . z. B. die Beamteneigenschaft, nicht strafbegründend, sondern nur strafferhöhend wirkt: Es wäre widersinnig, wenn der Nichtbeamte zwar bei der Teilnahme an einer Amtsunterschlagung (§ 350) gem. § 50 nicht nach dieser schweren Strafbestimmung, sondern nur nach § 246, dagegen bei einer Teilnahme an einem ihm noch viel ferner liegenden echten Beamtendelikt, wie etwa § 346, auf dem Umweg über § 48 mit der vollen Täterstrafe des Beamten selbst bestraft würde“⁷ . . . „Das Gegenteil hieße, auf einem Umweg das zum Rechte erheben, was das Gesetz gerade ausschließen will. Mit anderen Worten: Jede irgendwie geartete Beteiligung des Nichtqualifizierten am Sonderdelikt sinkt von selbst zur bloßen Beihilfe im Sinne des § 49 StGB herab.“

¹⁰ Lehrbuch S. 168

¹¹ Vgl. S. 26

¹ Vgl. oben § 5

² Vgl. oben §§ 2 und 3

³ Oben § 6

⁴ Von diesen Autoren regelmäßig auf die Teilnahme im engeren Sinne beschränkt; vgl. im einzelnen im anschließenden Text.

⁵ Im Grundriß S. 143; das Ergebnis übernimmt er dann auch im LK § 50 Anm. 13b, wo er als Begründung allerdings nur „tiefergreifende Erwägungen“ anführt; ähnlich auch Lehrb. S. 452 und Studienb. AT S. 242 f.

⁶ Er unterscheidet dann allerdings noch die „täter-“ von den „erfolgsgebundenen“ Sonderdelikten. Nur für die erstgenannten gelten die Ausführungen des Textes; zur Unterscheidung selbst vergl. unten S. 35

⁷ Grundriß S. 143, vgl. auch oben § 7 Anm. 5

Nur als Gehilfe kann sich ein Nichtqualifizierter am Sonderdelikt beteiligen. Der Qualifizierte ist gegebenenfalls mittelbarer Täter".⁸

Dieser Auffassung schließen sich Welzel⁹, zum Teil auch Lange¹⁰ und H. Mayer¹¹, allerdings mit sehr vorsichtigen und manchmal auch unklaren Formulierungen an.

Nach diesen Autoren sollen also solche Beteiligte, die nicht zu dem Kreis der mit der Sonderqualität Ausgerüsteten gehören, immer nur aus einem gem. § 49 gemilderten Strafrahmen belangt werden. Zweierlei ist dazu zu bemerken: Einmal wird damit die grundsätzliche Entscheidung des Gesetzes, daß die Beihilfe milder als die Anstiftung bestraft werden kann, ignoriert. Die „Ungerechtigkeit“, die diese Autoren in der Gleichstellung des extranen Anstifters mit dem intranen Täter sehen, wird durch die doppelte „Ungerechtigkeit“, daß nämlich a) ein extraner Anstifter einen extranen Gehilfen und b) ein intraner Gehilfe einem extranen Gehilfen¹² gleichbehandelt werden, ersetzt. Wenn bei der Anstiftung ein Unterschied je nach der Zugehörigkeit zu dem Sonderkreis gemacht wird, geht es nicht an, bei der Beihilfe diesen Unterschied wieder zu ignorieren. Diese Bedenken können allerdings leicht dadurch beseitigt werden, daß man bei dem extranen Gehilfen den Strafrahmen nochmals herabsetzt, was von keinem der genannten Autoren jedoch vorgeschlagen wird.

Der grundsätzliche Einwand gegen die Strafbarkeit des Extranen überhaupt würde aber auch damit nicht beseitigt:

Die Beamteneigenschaft des Täters wird beim unechten Amtsdelikt, obwohl sie die Strafe — manchmal erheblich — erhöht, dem Teilnehmer **überhaupt nicht** angerechnet, der Strafrahmen des Grunddelikts wird für ihn auch nicht teilweise verschärft. Der Teilnehmer wird so behandelt, als ob die besondere Eigenschaft des Täters nicht vorhanden wäre; gerade auf diese Eigenschaft aber wird bei echten Sonderdelikt die Strafbarkeit auch des Außenstehenden gestützt. Der Lösungsversuch Mezgers mildert daher nur die krassesten Folgen dieser Verschiedenbehandlung, ohne sie selbst aus der Welt zu schaffen und auch ohne einen Grund für ihre Existenz zu liefern, der über die üblichen Begründungen der h. M. hinausginge. Im Gegenteil liefert die Erkenntnis Mezgers, daß aus § 50 ein materielles Prinzip gerechter Strafzumessung zu entnehmen sei, einen weiteren Beweis dafür, daß es unzulässig ist, hier mit lediglich konstruktiven Figuren wie „Akzessorietät“, „Begriffsmerkmal“ u. ä. zu arbeiten. Der Weg Mezgers wäre nur dann gangbar, wenn auch beim unechten Sonderdelikt der für den außenstehenden Teilnehmer vorgesehene Strafrahmen durch die beim Täter gegebene Sonderqualität beeinflusst würde. Gerade das aber wird durch § 50 nach einhelliger Meinung ausgeschlossen.

III. Dritte Gruppe: Gleichbehandlung von strafbegründenden und strafändernden persönlichen Merkmalen.

(Es entscheidet sich nach **sachlichen** Kriterien, ob die persönlichen Merkmale — in beiden Fällen — übertragbar oder unübertragbar sind).

Die Autoren, die bisher behandelt wurden, stimmten alle darin überein, daß § 50 weder direkt noch analog auf die strafbegründenden persönlichen Umstände angewendet werden dürfe. Alle gingen davon aus, daß die Zurechnung dieser persönlichen Merkmale auf die anderen Beteiligten generell zulässig sei, wenn auch viele für eine bestimmte Beteiligungsform, nämlich

⁸ Lehrb. S. 452 f.

⁹ Lehrb. S. 107: Die Anwendung des vollen Strafrahmens auf den außenstehenden Anstifter sei „unbillig“, man könne daher eine fakultative Milderung analog § 49 „erwägen“ (dies unter Hinweis auf die oben zitierten Stellen bei Mezger).

¹⁰ Kohlrausch-Lange, Anm. IV 4) vor § 13: „mit dem Grundsatz des § 50 und seiner Ausprägung bei den uneigentlichen Amtsdelikten ist die volle Akzessorietät bei den eigentlichen Amtsdelikten unvereinbar — dieser Fehler des Gesetzes ist de lege lata nur bei der Strafzumessung zu berichtigen (vgl. jedoch auch den Konstruktionsversuch von Mezger (S. 452)“; vgl. auch Lange in „Schuld“ S. 169 und 172 und „Notwendige Teilnahme“ S. 84: „Ungereimtheit“ und „Ungerechtigkeit“.

¹¹ ff. Mayer S. 337 ff: in „manchen Fällen“ ist es nicht „sinnvoll“ ... „vernünftigerweise“ ... und mit ähnlichen Wendungen; gerade vom Boden der von H. Mayer (S. 319) vertretenen Schuldteilnahmetheorie aus ist eine derartige Einschränkung schwer verständlich; die umgekehrte Folgerung für die unechten Sonderdelikte wäre konsequent; vor allem aber fehlt es an Kriterien dafür, was „sinnvoll“ und „vernünftig“ ist.

¹² Einen ähnlichen Vorschlag hatte auch schon Binding, allerdings de lege ferenda, gemacht: „Bezüglich der Anstiftung und Beihilfe zu Amtsverbrechen sanktioniert ja bekanntermaßen das StGB eine sehr große Ungerechtigkeit:

a) Bei den sog. unechten Amtsdelikten schafft § 50 die Möglichkeit einer differenten Behandlung zwischen dem Täter und dem seines persönlichen Schärferungsgrundes ermangelnden Anstifter und Gehilfen.

b) Bei den echten Amtsverbrechen dagegen kann die Verschiedenheit persönlicher Rechtsstellung der Teilnehmer leider nur als Strafzumessungsgrund wirken.“

Daher sei für die Extranen ein milderer Strafrahmen vorzusehen; vgl. Amtsverbrechen S. 15, 16 und 20); ähnlich für das Schweizer Strafrecht bei vergleichbarer Gesetzeslage Germann a. a. O. S. 81 f sowie in Schweizer Z f StrR 1940 S. 373

die mittelbare Täterschaft¹³, eine Ausnahme machen wollen; zum Teil wurde dann zusätzlich auch das **Ausmaß** dieser Zurechnung, durch eine fakultative Strafmilderung auch bei der Anstiftung, eingeschränkt.

Die Literatur, die jetzt noch anzuführen ist, steht hierzu in einem scharfen Gegensatz. Sie geht davon aus, daß ein Grund für eine Verschiedenbehandlung strafbegründender und strafändernder Umstände nicht bestehe¹⁴. Innerhalb dieser Gruppe gibt es dann lediglich noch Meinungsverschiedenheiten darüber, was zu diesen nur persönlich anzurechnenden Merkmalen gehöre, ohne daß es aber darauf ankommt, ob ein solcher Umstand im Einzelfall gerade strafbegründend oder strafändernd wirkt.

1. Die Lehren von Birkmeyer, Redslob, Krug, Kohlrausch und Hardwig.

Bei dieser ersten Gruppe wird die Abgrenzung nach Gesichtspunkten vorgenommen, die so unbestimmt sind, daß man ein durchgehendes Prinzip nur sehr schwer auffinden kann. Zwar wird verschiedentlich ein generelles Unterscheidungsmerkmal genannt, das aber in sich selbst so unbestimmt ist, daß es bei der Anwendung auf die einzelnen „Umstände“ zu offensichtlich willkürlichen Differenzierungen kommt.

So behauptet etwa Birkmeyer, daß „alle in dem Verbrechen selbst objektivierten, d. h. den Tatbestand desselben gestaltenden oder umgestaltenden persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse des Täters auch auf den (scl. sie kennenden) Teilnehmer zurückwirken müssen, seien das nun Momente, die das Verbrechen qualifizieren oder privilegieren, wie Aszendententotschlag oder Kindestötung, seien es sog. begriffskonstitutive Momente wie die Beamteneigenschaft bei den echten Amtsdelikten, seien es schuldaufhebende Momente wie § 51“¹². Diese qualifizierenden Momente sollen nicht unter § 50 fallen, denn dort seien lediglich **Strafänderungsgründe** wie z. B. Rückfall und jugendliches Alter erfaßt. Da sich eine derartige Regelung aber von selbst aus der „akzessorischen Natur“ der Teilnahme ergebe, sei „§ 50 völlig überflüssig“³.

Daß aus der Akzessorietät nichts abgeleitet werden kann, wurde oben schon nachgewiesen. Warum nur solche Merkmale, die sich allein auf die **Strafe** beziehen, unübertragbar sein sollen, wird aber von Birkmeyer sonst nicht begründet. Schließlich wird auch nicht begründet, warum Rückfall und jugendliches Alter nur die Strafe, nicht aber die Schuld berühren sollen. Daß der „Straf“änderungs- bzw. „Straf“aufhebungsgrund ‚jugendliches Alter‘ mit der Regelung des § 51 mindestens eng verwandt ist, wird übersehen. Vor allem aber fehlt ein Maßstab, mit dem festgestellt werden kann, ob und wann sich ein persönliches Merkmal „in dem Verbrechen selbst objektiviert“. Da als Beispiel für eine derartige „Objektivierung“ gerade aber auch § 51 angeführt wird, ist man zu dem Schluß gezwungen, daß Birkmeyer die Objektivierung nicht als sachliche **Begründung**, sondern lediglich als zusammenfassende **Bezeichnung** für alle die Umstände verwendet, die seiner Ansicht nach als übertragbar anzusehen sind. Zudem ist allgemein anerkannt — auch in den Motiven zu § 50 wird ausdrücklich darauf hingewiesen⁴ —, daß bei Aszendententotschlag und Kindestötung die persönlichen Verhältnisse eben **nicht** übertragbar seien. Gerade das Gegenteil wird aber hier von Birkmeyer behauptet.

Redslob⁵ schließt sich zunächst der Lehre Birkmeyers von der „Objektivierung“ an; eine solche finde statt, „wenn ein Moment sich derart im Erfolg ablagere, daß dieser Erfolg bestehen bleibe, wenn er auch gänzlich losgelöst von seinen Ursachen betrachtet werde. Die Tat soll mithin von ihren Ursachen losgelöst werden, d. h. von den Momenten, welche dem inneren Teil der Handlung angehören . . .“⁶. Daß in der Tat eine derartige Objektivierung, die man an der „Ab-

¹³ Selbstverständlich auch die Mittäterschaft.

¹⁴ Und zwar meist de lege lata; nur vereinzelt, besonders bei Werken älteren Datums, wird dies als Forderung de lege ferenda erhoben; vgl. im einzelnen oben im Text.

¹ In VDA, a. a. O. S. 157 f. (1908); insoweit in Gegensatz zu seiner oben (S. 53 f) wiedergegebenen früheren Meinung in „Teilnahme“ (1890).

² Offensichtlich erfaßt Birkmeyer die Beamteneigenschaft bei den unechten Beamtendelikten bereits unter den qualifizierenden Merkmalen; daß in diesen Fällen § 50 etwa doch gelten sollte, wäre eine neue Inkonzsequenz.

³ a. a. O. S. 158

⁴ Vgl. im einzelnen dazu unten S. 63 ff

⁵ a. a. O. S. 1 ff

⁶ Redslob S. 34

lagerung persönlicher Umstände im Erfolge“ erkennen soll, nur eine ungenaue, da bildhafte Beschreibung darstellt, ergibt sich schon daraus, daß Redtslob, vom gleichen Ausgangspunkt wie Birkmeyer ausgehend, zu entgegengesetzten Folgerungen gelangt. Die Beamteneigenschaft z. B. soll bei ihm gerade nicht zu den „objektivierten Merkmalen“ gehören, den anderen Teilnehmern also nicht zugerechnet werden dürfen. Sie sei vielmehr ein reines **Willensmoment**. Redtslob begründet das damit, daß die Beamteneigenschaft als „besonderes Gegenmotiv“⁷ auf den Willen des Beamten einwirken soll, von der Straftat abzusehen⁸. Daran fehle es aber bei dem Außenstehenden, und daher dürfe das nur bei dem Intranen vorhandene Gegenmotiv auf ihn nicht übertragen werden⁹. Der sachliche Kern dieser Ausführungen ist einleuchtend: Knüpft das Gesetz an das Vorhandensein gewisser Motive oder einer bestimmten Willensintensität an, um die Strafe zu erhöhen oder überhaupt erst zu begründen, dann müssen diese Umstände bei dem zu Bestrafenden selbst vorliegen. Unrichtig ist jedoch, die Beamteneigenschaft als **bloßes** Motiv anzusehen. Eine derartige Sonderqualität mag unter Umständen **auch** als Gegenmotiv dienen, aber darin erschöpft sich ihre Funktion nicht. Sie dient auch zur Begründung des Tatbestandes und der Rechtswidrigkeit: Daraus, daß ein **Beamter** ein bestimmtes Amtsverbrechen begeht, ergibt sich schon die Tatbestandsmäßigkeit und die Rechtswidrigkeit der Handlung. Es ist Redtslob also darin zuzustimmen, daß die Motive, von deren Vorhandensein das Gesetz eine Bestrafung abhängig macht, bei dem zu Bestrafenden selbst vorliegen müssen. Der weitere Nachweis ist ihm aber nicht gelungen, daß Sonderqualitäten **lediglich** in ihrer Eigenschaft als „Motiv“ wirksam sind, d. h., daß sich derartige Eigenschaften in keinem Fall „objektivieren“, „in dem Erfolg ablagern“. Denn dann, das ist Redtslobs Ausgangspunkt, wären sie auch den anderen Tatbeteiligten zuzurechnen. Insoweit kann auch dieser Differenzierungsversuch nicht überzeugen.

Krug¹⁰ weist zunächst nach, daß es einen sachlichen Unterschied zwischen strafentscheidenden und strafändernden Merkmalen nicht gibt. „Denn die Verschiedenheit der Wirksamkeit eines und desselben Umstandes beruht nicht in dem Wesen des einzelnen Umstandes, sondern in dem Aufbau und der Zusammensetzung des einen Deliktstatbestandes aus einer bestimmten Summe dieser Umstände. Ein Umstand aber, der zum Tatbestand eines Delikts gehört, ändert offenbar nicht seine Natur und strafrechtliche Bedeutung dadurch, daß er in Verbindung mit einem bestimmten Kreis anderer Tatumsstände, die an sich schon ein vollendetes Delikt darstellen, eine strafferhöhende Wirkung ausübt. Er erfüllt vielmehr in beiden Fällen dieselbe strafrechtliche Funktion, er repräsentiert ein gewisses Schuldmoment, das in dem einen Falle den zum Delikt erforderlichen Schuldgrad vollendet, in dem anderen den vollendeten erhöht“¹¹. So sei z. B. der Umstand der Gewerbsmäßigkeit bei der Kuppelei und dem Glücksspiel strafbegründend, bei der Hehlerei, dem Jagdvergehen, dem Wucher strafferhöhend. Gäbe es z. B. eine „einfache“ Kuppelei, dann würde der genannte Umstand vom strafbegründenden zum strafferhöhenden; „Würde dadurch sein eigentliches Wesen, seine innere strafrechtliche Qualität, nämlich seine Beziehung zur Deliktschuld, eine Änderung erfahren?“¹²

Einwände gegen die Begründung Krugs lassen sich bis hierher nicht erheben. Eine Verschiedenbehandlung von strafbegründenden und strafändernden Umständen ist nach dieser Auffassung also ausgeschlossen.

Mit gleicher Klarheit begründet Krug auch den weiteren Gedanken, daß die strafrechtliche Haftbarkeit — überhaupt, nicht dem Ausmaße nach — nicht davon abhängen könne, ob eine Tatbeteiligung in der Form der Täterschaft, Mittäterschaft, mittelbarer Täterschaft oder der Teilnahme im engeren Sinne vorliege: „Schuld (im strafrechtlichen Sinne) ist diejenige Summe der Beziehungen zwischen einem Menschen und einem Geschehnis, die nach den Anschauungen einer bestimmten Epoche erforderlich ist, um ersteren für letzteres zur Verantwortung zu ziehen ... anders bleibt uns ein moralphilosophischer oder bestenfalls ein naturrechtlicher Begriff übrig, der im Strafrecht unverwertbar ist. Jedenfalls muß die Anwendung des bestehenden Schuld-begriffes auf Täter und Teilnehmer eine gleiche und einheitliche sein, und Inkonssequenzen in

⁷ Vgl. a. a. O. S. 46, 49, 50

⁸ Ähnliches entwickelt Redtslob auch für die „besonderen Motive“ z. B. Eigennutz u. ä. (S. 51 ff), sowie für die Fälle „besonderer Willensintensität“ z. B. Gewohnheitsmäßigkeit (S. 55 ff); in allen diesen Fällen finde eine Übertragung nicht statt.

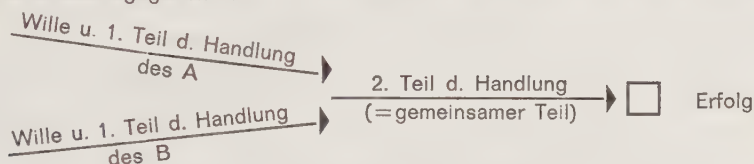
⁹ Redtslob sieht sich zwar de lege lata an die Unterscheidung von strafbegründenden und strafändernden Merkmalen gebunden, verwirft sie aber de lege ferenda mit scharfen Worten, vgl. S. 74 f.

¹⁰ a. a. O. S. 24 ff; auch Krug behandelt das Problem nur de lege ferenda (vgl. S. 1), geht aber — richtig — davon aus, daß man die Frage, welchen Merkmalen eine nur persönliche Wirksamkeit zukomme, nicht nach der sich aus § 50 angeblich ergebenden zufälligen Unterscheidung nach strafbegründenden und strafändernden Umständen behandeln könne.

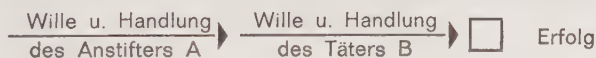
¹¹ a. a. O. S. 24

¹² S. 25

dessen Gestaltung können gegen den einen nicht anders wirken wie gegen den anderen.“¹³ Auch diesen Ausführungen Krugs kann man vorbehaltlos zustimmen.¹⁴ Leider unterliegt Krug bei den anschließenden Erwägungen, nach welchen Gesichtspunkten die Übertragbarkeit persönlicher Umstände bemessen werden soll, einem eklatanten Fehler: Wie jede menschliche Tätigkeit bestehe auch eine Straftat aus Wille, Handlung und Erfolg¹⁵. Alle Tatumsstände müßten sich einem dieser drei Begriffe unterordnen lassen. Bei der Beteiligung mehrerer, so fährt er fort, könne „niemals die bloße Vorstellung der Gemeinschaft, sondern lediglich tatsächliche ursächliche Verbundenheit strafrechtliche Schuldgemeinschaft erzeugen.“¹⁶ Das Schema von Wille, Handlung und Erfolg stelle sich hierbei nun so dar, daß der Wille und der erste Teil der Handlung jedes Beteiligten selbständig, da nicht von den anderen verursacht sei, während sich die beiderseitigen Handlungen in einem Punkt, der im Einzelfall näher und weiter vor dem Enderfolg liegen könne, vereinigten und dann gemeinsam den Erfolg herbeiführten. Alles, was vor dem Vereinigungspunkt liege, also der Wille und der erste Teil der Handlung, sei selbständig und übertragbar. „Die Umstände dagegen, die **hinter** dem Vereinigungspunkt der Handlungen liegen, die dem **gemeinsamen** Teile des Delikts angehören, erstrecken ihre Wirksamkeit über die Person hinaus; bzgl. ihrer sind die Teilnehmer durch ihr kausales Zusammenwirken untrennbar verbunden, und daher ist eine Sonderung der verwirkten Schuld auch rechtlich unmöglich.“¹⁷ Diese scheinbar glatte Lösungsmöglichkeit¹⁸ leidet nur an dem einen Fehler, daß sie von einer falschen Konstruktion der Beteiligung mehrerer ausgeht. Krug unterstellt ohne weitere Begründung, daß der „Wille“ und der „erste Teil der Handlung“ stets selbständig, also nicht mit der Tätigkeit der anderen „ursächlich verbunden“ sei. Zur Verdeutlichung sei das von ihm selbst gewählte Schema wiedergegeben¹⁹:



Diese Figur soll für **alle** Formen eines deliktischen Zusammenwirkens, abgesehen von der Nebentäterschaft²⁰, Geltung haben. Schon auf den ersten Blick fällt auf, daß diese Figur für alle die Fälle, in denen ein Beteiligter — auch — auf den **Willen** des anderen einwirkt, also bei Anstiftung, psychischer Beihilfe, Mittäterschaft²¹ unmöglich gelten kann. Denn hierbei wirkt ein Tatbeteiligter ja gerade auf den **Willen** des anderen Beteiligten ein, der Anstifter z. B. **verursacht den Entschluß** des Täters. Ein dementsprechendes Schaubild müßte also so aussehen:



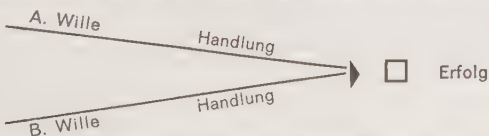
¹³ S. 26
¹⁴ Es ist oben (vgl. S. 23 ff) bereits gezeigt worden, daß es in diesem Zusammenhang auf eine grundsätzliche Auseinandersetzung mit der Schuldteilnahmetheorie nicht ankommt, weil § 50 gerade für die persönlichen Merkmale eine Teilnahme an fremder Schuld ablehnt.
¹⁵ a. a. O. S. 34 f; dazu kämen lediglich noch die „reinen Strafbarkeitsmerkmale“, die in dieses Schema natürlich nicht einzufügen seien.

¹⁶ a. a. O. S. 38
¹⁷ a. a. O. S. 38

¹⁸ Im weiteren Verlauf seiner Arbeit muß Krug aber selbst zugeben, daß die eigentliche Schwierigkeit gerade darin liegt, welche Umstände denn nun im Einzelfall zum Willen und zum selbständigen Teil der Handlung, und welche zum Erfolg und zum zweiten Handlungsabschnitt gehören; vgl. etwa S. 40

¹⁹ Auf S. 37

²⁰ Bei der Nebentäterschaft sollen sich nach Krug beide Handlungen erst im Erfolg vereinigen:



; auch daran bestehen Zweifel; auf die aber an dieser Stelle nicht näher eingegangen werden kann.
²¹ Auch bei den meisten Fällen mittelbarer Täterschaft.

Die These Krugs, daß alle Umstände, mit denen ein Teilnehmer in „ursächlicher Verbundenheit“ stehe, ihm anzurechnen seien, würde also folgerichtig dazu führen, dem Anstifter ²² **alle** Willens-, Handlungs- und Erfolgsumstände des Täters zuzurechnen ²³. Die Anrechnung von „Willensumständen“ will Krug aber gerade auf jeden Fall vermeiden. Auch die These Krugs, den Maßstab für die Zulässigkeit einer Anrechnung persönlicher Umstände in der „ursächlichen Verbundenheit“ zu sehen, ist daher zu verwerfen.

Die Stellungnahme Kohlrauschs ²⁴ zu dieser Frage ist in sich sehr widerspruchsvoll. Einmal spricht er davon ²⁵, daß auch ein Außenstehender — im Zusammenwirken mit einem Intraneus — Täter eines Sonderdelikts sein könne. Dann wieder heißt es, bei Sonderverbrechen, „d. h. bei solchen, bei denen sich Ge- und Verbote nur an bestimmte Personenklassen richten“, könne der Außenseiter nicht Täter, daher auch nicht mittelbarer Täter sein; „ihn wegen Anstiftung oder Beihilfe bestrafen zu können, ist also unentbehrlich“ ²⁶.

Ist Kohlrauschs Stellungnahme zur Frage der Täterschaft eines Extraneus nicht ganz eindeutig, so gilt ähnliches für das Problem, ob die strafbegründenden Umstände den strafändernden gleichbehandelt werden sollen; seine Folgerung bei den Beamtendelikten ist genau umgekehrt wie die der übrigen Autoren: Da die Teilnahme des Extraneus am echten Sonderdelikt nach allgemeiner Ansicht strafbar sei ²⁷, und dies nur damit erklärt werden könne, daß sich „Anstifter und Gehilfen auch gegen den Haupttäter, den sie schuldig werden lassen, vergehen“ ²⁸, „kann eine Sonderpflichtverletzung durch den Haupttäter für die Beurteilung des Teilnehmers **niemals** gleichgültig sein, einerlei, ob jene Verletzung die Strafe begründet oder erhöht. Andernfalls würde die Mindermeinung recht behalten, die die Teilnahme an solchen Sonderverbrechen für straflos erklärt“ ²⁹. Es müsse daher in dieser Hinsicht „unbedingt neu gebaut werden“ ³⁰, „die Auslegung des § 50 sei auf neue Grundlagen zu stellen“ ³¹.

Die „Argumentation“ Kohlrauschs sieht also folgendermaßen aus:

1. Es ist herrschende Meinung, daß die Teilnahme eines Extraneus an einem echten Sonderdelikt strafbar ist, daß also **strafbegründende** Umstände übertragbar sind.
2. Dieses Ergebnis kann nur mit der Schuldteilnahmelehre — die von der h. M. im Gegensatz zu Kohlrausch aber gerade verworfen wird — begründet werden.
3. Man muß daher auch die **strafändernden** Merkmale unter Anwendung des Schuldteilnehmegedankens als übertragbar ansehen.

Der umgekehrte Schluß wäre allein zulässig gewesen, nämlich: Da § 50 die Schuldteilnahme — für den Bereich der **strafändernden** Merkmale — verwirft, für die Übertragbarkeit der strafbegründenden Merkmale aber, wie Kohlrausch selbst zugibt, diese — von der h. M. generell abgelehnt! — These die alleinige Begründung abgeben kann, dürfen auch strafbegründende Umstände nicht anders als die strafändernden behandelt, nämlich nur denen angelastet werden, bei denen sie vorliegen.

Im übrigen gibt Kohlrausch kein Unterscheidungsprinzip an, mit denen er „übertragbare“ persönliche Umstände von den „nicht übertragbaren“ abgrenzen will. Er nimmt nur kasuistisch Stellung. So werde z. B. „die Überlegung des § 211 von der h. M. nicht nach § 50, sondern akzessorisch behandelt“ ³². Dies sei „sinnwidrig“, es „könne daher nicht richtig sein“. Auch die strafschärfenden Merkmale der Gewerbs- und Gewohnheitsmäßigkeit, sowie die **Verminderung** der Zurechnungsfähigkeit seien nach § 50 zu behandeln. Da Kohlrausch nur ausdrücklich von **strafschärfenden** Merkmalen spricht, ist anzunehmen, daß er dann, wenn die Gewerbsmäßigkeit die Strafe **begründet**, z. B. bei der Kuppelei, § 50 wieder **nicht** anwenden will. Daß er damit im Widerspruch zu seiner für die Beamtenqualität ausgesprochenen Meinung gerät, ist offensichtlich. Auch auf diesen Widerspruch — Beamteneigenschaft ist immer anzurechnen, Gewerbs-

²² Oder dem sonst auf den Willen eines anderen Beteiligten Einwirkenden (vgl. oben).

²³ Man könnte unter Umständen daran denken, hier eine Unterscheidung nach „vorgefundenen“ und „verursachten“ Umständen zu treffen; vgl. dazu im einzelnen noch unten § 13 Anm. 36; ein Eingehen darauf im Zusammenhang mit der Lehre Krugs erübrigt sich, da Krug eine derartige weitere Differenzierung selbst nicht vorschlägt.

²⁴ Täterschuld und Teilnehmerschuld, S. 39—51

²⁵ a. a. O. S. 50: „Darüber, ob bei der Mehrtäterschaft solche Sonderpflichten immer nur die Beurteilung dessen beeinflussen, dem sie auferlegt sind, sollten die Akten nicht ohne weiteres geschlossen werden.“

²⁶ a. a. O. S. 48

²⁷ S. 50

²⁸ S. 48

²⁹ S. 51

³⁰ S. 50

³¹ S. 51

³² S. 50

mäßigkeit nur, wenn sie strafbegründend wirkt — geht Kohlrausch mit keinem Wort ein. Es ist daher auch eine weitere kritische Betrachtung seiner Thesen überflüssig.³³

Hardwig³⁴ kommt zu ähnlichen Ergebnissen wie Kohlrausch; bei ihm ist aber, anders als dort, wenigstens der Versuch einer durchgehenden systematischen Begründung zu finden. Hardwig geht von dem von Welzel³⁵ benutzten Begriff des personalen Unrechts aus, wonach ein Teilnehmer nicht am **personalen**, sondern nur am **sachlichen** Unrecht teilnehme. Wenn dieser Satz richtig sei, dann vertrage er aber auch im Falle der unechten Amtsdelikte keine Einschränkung, denn, so argumentiert Hardwig, „Die Sätze:

„Der Teilnehmer nimmt am personalen Unrecht nicht teil“ und

„am strafbegründenden personalen Unrecht nimmt er doch teil“

widersprechen sich.“³⁶ Da aber mit Recht, auch von Welzel selbst, die Strafbarkeit der Teilnahme am **echten** Amtsdelikt vertreten werde, könne nur die umgekehrte Folgerung richtig sein, daß der Teilnehmer eben **immer** am „personalen Unrecht“ teilnehme. „Personales Unrecht ist solches Unrecht, welches seinen Unrechtsgehalt aus der Täterpersönlichkeit als Bezugsmoment empfängt.“³⁷

Hierher gehören demnach „die rechtlichen oder sozialen Qualitäten des Täters, insbesondere Pflichtverhältnisse“³⁸.

Den sachlichen Grund dafür, warum diese „Qualitäten“ und „Pflichtverhältnisse“ des Täters auch für den Teilnehmer relevant sein sollen, sieht Hardwig in folgender Überlegung:

„Der (scl. außenstehende) Anstifter etwa, der einen Beamten zu einer Unterschlagung im Amt anstiftet, weiß, daß der Beamte in einem besonderen Pflichtenkreis steht und sich nicht nur an fremdem Eigentum vergreift, sondern darüber hinaus auch besondere Pflichten verletzt. Er will dieses auch. Es bedarf doch wohl kaum einer besonderen Darlegung, daß dieser Fall auch für den Teilnehmer schwerer wiegt, als wenn er einen Privatmann zur Unterschlagung anstiftet. Allerdings ist zuzugeben, daß der Fall für den Teilnehmer nicht ganz so schwer wiegt, wie für den Beamten; denn der Teilnehmer ist ja nicht selbst Beamter, er steht nicht selbst in dem Kreis erhöhter Pflichten. Aber es kann jedenfalls nicht gelehnet werden, daß er auch am personalen Unrechtsgehalt der Tat des Täters teilnimmt, nur daß dieser Unrechtsgehalt für ihn selbst eine andere Bedeutung hat als für den Täter. Damit trifft der allgemeine Grundsatz . . . , daß der Teilnehmer am personalen Unrechtsgehalt der Tat des Täters nicht teilnimmt, nicht zu. Wie gezeigt, wären die Konsequenzen auch wirklich sehr befremdend. Allerdings ist der Strafrahmen nicht voll an die Tat des Teilnehmers angepaßt; denn genau genommen müßte dieser etwa in der Mitte liegen zwischen der Anstiftung zur einfachen Unterschlagung und der Amtsunterschlagung. Bei der Akzessorietät der Teilnahme aber muß diese grundsätzlich dem Strafrahmen der Tat des Täters folgen; nur dann, wenn dadurch ein gerechtes Ergebnis nicht erzielt werden könnte, müßte die Möglichkeit einer Milderung durch besondere Regelung geschaffen werden. Sachlich ist der Unterschied zwischen strafbegründenden und qualifizierenden Umständen ganz belanglos . . . Die Rechtssituation bei dem echten und dem unechten Amtsdelikt ist völlig dieselbe . . . Es ist nicht gerechtfertigt, den nichtbeamteten Teilnehmer (scl. an der Amtsunterschlagung) nur nach der einfachen Unterschlagung zu beurteilen. Auch beim echten Amtsdelikt nimmt der Teilnehmer am personalen Unrechtsgehalt der Tat teil. Auch hier spricht zu seinen Gunsten die Tatsache, daß er selbst nicht Beamter ist . . . Es besteht kein vernünftiger Grund, . . . bei der Teilnahme zwischen echten und unechten Amtsdelikten zu unterscheiden, eine Unterscheidung, zu der einzig und allein die verfehlt Formulierte Formulierung von § 50 II zwingt.“³⁹

Auch zu dieser Beweisführung ist ähnliches zu sagen wie oben bei Kohlrausch. Es müßte zunächst geklärt werden, ob der außenstehende Teilnehmer — beim unechten Amtsdelikt — wirk-

³³ Unklarheiten finden sich auch an anderen Stellen, so heißt es z. B.: „Der Unrechtsgehalt eines Mordes ist nicht der gleiche wie der einer Anstiftung zum Mord, mag auch die Unrechtsfolge unter Umständen die gleiche sein . . . Wenn jemand ein kleines Kind veranlaßt, einem anderen ein tödliches Gift in den Kaffee zu schütten, so ist er nach meinem Gefühl und Sprachgebrauch ein Mörder, nicht aber Anstifter zu einem Mord. Jedenfalls muß ein Gesetz erkennen lassen, welche Auffassung es für richtig hält“ (S. 42). — Was soll ein „Unrechtsgehalt“ bedeuten, der sich nach „Gefühl und Sprachgebrauch“ richtet? Es ergibt sich aus § 48 eindeutig, daß der Gesetzgeber Anstiftung und Täterschaft völlig gleich bewertet; wozu soll dann hier eine aus dem Gefühl zu schöpfende Unterscheidung des „Unrechtsgehalts“ dienen? Wozu und nach welchen Maßstäben vor allem soll das Gesetz entscheiden, welche Gefühlsregung richtig sei?

³⁴ In GA 1954, S. 65 ff; er hält sich zwar, insoweit im Gegensatz zu Kohlrausch, de lege lata an die Verschiedenbehandlung strafbegründender und strafändernder Umstände gebunden; die Berechtigung dieser Unterscheidung bekämpft er jedoch de lege ferenda entschieden.

³⁵ Vgl. Systematik S. 72

³⁶ Hardwig S. 66

³⁷ S. 66 unten, S. 67 oben

³⁸ S. 67

³⁹ Hardwig S. 71, 72

lich am „personalen Unrechtsgehalt“ teilnimmt, oder ob das Gesetz nicht mit guten — und deshalb auch für die strafbegründenden Umstände geltenden — Gründen die Berücksichtigung der Sonderqualitäten, des besonderen Pflichtverhältnisses des Täters, bei den anderen Teilnehmern verbietet. Mit so unbestimmten Formulierungen wie „es kann nicht geleugnet werden“, „es bedarf kaum einer besonderen Darlegung“, daß der Fall auch für den außenstehenden Teilnehmer „schwerer, allerdings nicht ganz so schwer wiegt“ und daß folglich auch der Außenstehende am „personalen Unrechtsgehalt teilnehme“, wenn es auch für ihn „eine andere Bedeutung habe“, kann diese Begründung jedenfalls nicht gegeben werden. § 50 geht ausdrücklich davon aus, daß eine Anstiftung zu einer einfachen Unterschlagung „nicht leichter wiegt“ als eine solche zur Amtsunterschlagung.⁴⁰

Daß straf erhöhende und strafbegründende Umstände wesensgleich sind, wurde also auch von Hardwig richtig erkannt. Daß die daraus folgende Gleichbehandlung aber in der Übertragbarkeit, also in der Strafbarkeit Außenstehender bestehen müsse, konnte auch von ihm nicht überzeugend nachgewiesen werden.

Alle die Umstände seien übertragbar, die zum „personalen Unrechtsgehalt“ gehören, während die auf die Schuld bezogenen Merkmale streng persönlich behandelt werden müßten⁴¹. Die von Hardwig vorgeschlagene Differenzierung wäre nur dann verwertbar, wenn der von ihm benutzte Begriff des „personalen Unrechtsgehalts“ klare Konturen hätte. Statt einer Definition dieses Begriffs gibt Hardwig aber nur eine nichtssagende Beschreibung unter Verwendung inhaltsgleicher Vokabeln: „Personales Unrecht“ sei solches „Unrecht, welches seinen Unrechtsgehalt aus der Täterpersönlichkeit als Bezugsmoment empfängt.“⁴²

Diese „Definition“ bedarf ihrerseits der Maßstäbe, nach denen „Bezug“ und „Empfang“ des „Unrechtsgehalts“ festgestellt werden kann. Gerade daran aber fehlt es völlig.

Dieser Mangel zeigt sich deutlich, wenn man verfolgt, wie Hardwig die einzelnen Umstände als zum „Unrechtsgehalt“ oder zur Schuld gehörig einordnet:

„Daß die Beamteneigenschaft ein Moment ist, welches den Unrechtsgehalt beeinflusst, kann mit guten Gründen nicht geleugnet werden;“⁴³

Zu den niedrigen Beweggründen des § 211 heißt es: „Daß jemand einen anderen Menschen aus Habgier umbringt, scheint mir auch den Unrechtsgehalt der Tat zu beeinflussen. Nicht nur ist . . . die Schuld höher, die Tat als Ganzes ist verwerflicher, das Unrecht ist größer, die soziale Erscheinungsform einer solchen Tat erweckt größeren Abscheu als beim Fehlen solcher Beweggründe.“⁴⁴

Daß auch die Gewerbsmäßigkeit hierher gehöre, „dürfte einer natürlichen Betrachtungsweise ohne nähere Erklärung einleuchtend sein.“⁴⁵

Dagegen soll die Gewohnheitsmäßigkeit den „personalen Unrechtsgehalt“ nicht beeinflussen, da sie nur hinweise „auf die Gefährlichkeit des Täters, ohne den Charakter der Straftat selbst zu verändern“⁴⁶.

Das alles sind bloße Behauptungen, die man genau so gut umgekehrt aufstellen und mit der weiteren Behauptung begründen könnte, bei den zuerst genannten Fällen, z. B. den niedrigen Beweggründen und der Gewerbsmäßigkeit, empfangen das Unrecht „sein Gehalt aus der Täterpersönlichkeit als Bezugsmoment“ gerade nicht, während es bei der Gewohnheitsmäßigkeit doch „ohne nähere Erklärung einleuchtend sei“.

Hardwigs Lehre ist also in allen Punkten abzulehnen. Er hat weder nachweisen können, was „personaler Unrechtsgehalt“ überhaupt ist, noch, daß der Teilnehmer am unechten Sonderdelikt an diesem Unrecht teilnehme⁴⁷; schließlich konnte er auch nicht begründen, warum der persönliche Umstand Gewerbsmäßigkeit z. B. im Gegensatz zur Gewohnheitsmäßigkeit „personales Unrecht“ begründen soll und daher den anderen Teilnehmern anzurechnen sei.

⁴⁰ jedenfalls rücksichtlich des Strafraumens; vgl. dazu noch unten S. 74 ff

⁴¹ Hierher zählt er z. B. die Gewohnheitsmäßigkeit (vgl. a. a. O. S. 76); daß er dann Teilnahme z. B. an gewohnheitsmäßiger Kuppelei straflos lassen mußte, wird von ihm aber ausdrücklich nicht gesagt.

⁴² a. a. O. S. 66; vgl. schon oben S. 37

⁴³ a. a. O. S. 71

⁴⁴ S. 72; bei dem Beispiel, das Hardwig hier bringt (Tötung auf Verlangen, gleichzeitig aber auch aus Habgier) verkennt er, daß ein Strafschärfungs- und ein Strafmilderungsgrund zusammentreffen (vgl. dazu Klass a. a. O.); auf die unklaren Begriffe wie „wesensmäßige Verschiedenheit“ und „Vorrang der Intention vor dem Wissen“ kommt es daher gar nicht an.

⁴⁵ S. 74

⁴⁶ S. 76

⁴⁷ Insoweit will Hardwig, wie oben schon gesagt, ja auch nur de lege ferenda verstanden werden.

2. Unübertragbar sind nur solche Merkmale, die sich allein auf die Schuld und die Strafe beziehen

(Zimmerl, Piotet)

Zimmerl¹ hat klar gesehen, daß ein sachlicher Unterschied zwischen strafändernden und strafbegründenden Umständen nicht bestehen kann:

„Die Regelung, welche die Wirkung eines Merkmals nicht von seiner rechtsinhaltlichen Natur, sondern von dem Zufall abhängig macht, ob es gerade bei dem in Betracht kommenden Deliktstypus die Strafbarkeit begründet oder bloß ändert oder ausschließt, ist eine typisch formal-positivrechtliche, würdig einer Begriffsjurisprudenz im übelsten Sinn des Wortes. Der Laie ... wird es ebensowenig wie der Wissenschaftler begreifen, wieso ein und derselbe Umstand das eine Mal streng persönlich, das andere Mal auf alle Beteiligten wirken kann ... Es dürfte sich kaum vermeiden lassen, daß ... der gleiche Umstand einmal strafbegründend, dann wieder bloß strafferhöhend wirkt. So wird es wohl (scl. immer) 'echte' und 'unechte' Beamtendelikte geben. Bei den ersteren begründet die Beamteneigenschaft erst die Strafbarkeit, würde daher ... auf alle Beteiligten wirken, wenn sie auch nur bei einem vorläge. Bei den letzteren dagegen erhöht sie bloß die Strafbarkeit, würde daher bloß für die Strafbarkeit dessen Wirkungen äußern, bei dem sie vorliegt!“² Der gleiche Umstand könne aber nur entweder auf alle Beteiligten Wirkungen äußern oder er dürfe stets nur persönlich wirken. Es komme also auf den Inhalt dieser Merkmale, nicht auf die zufällige Wirkung je nach dem gerade relevanten Sachverhalt und Tatbestand an. Und nach diesem Inhalt will Zimmerl wie folgt unterscheiden:

„Die Frage, ob besondere Eigenschaften oder Verhältnisse, die rechtlich relevant sind und nur in der Person eines der Beteiligten vorliegen, nur für diesen oder für alle Beteiligten Wirkungen äußern, ist rechtsinhaltlicher, und zwar logisch-systematischer Natur. Ihre Lösung ergibt sich zwangsläufig aus der Lösung des Akzessorietäts-Problems. Da die übrigen Mitwirkungsarten ihr Unrecht aus demjenigen der Ausführungshandlung ableiten, folgt daraus notwendig, daß alle Umstände, die das Unrecht der Ausführungshandlung begründen, erhöhen, vermindern oder ausschließen, auch die Strafbarkeit der übrigen Beteiligten im gleichen Sinne beeinflussen müssen. Dies gilt selbstverständlich auch dann, wenn diese Umstände besondere Eigenschaften des Täters oder besondere Verhältnisse (z. B. Modalitäten) sind, unter welchen die Ausführungshandlung vorgenommen wird. Da die Schuld jedes Beteiligten unabhängig ist von der Schuld jedes anderen Beteiligten, mag dieser nun die Ausführungshandlung setzen oder sonst irgendwie mitwirken, so folgt daraus notwendig, daß Umstände, welche die Schuld eines der Beteiligten begründen, erhöhen, vermindern oder ausschließen, nur die Strafbarkeit desjenigen beeinflussen, bei dem sie vorliegen. Dies gilt auch dann, wenn diese Umstände besondere Eigenschaften des Täters oder besondere Verhältnisse sind, unter welchen die Handlung vorgenommen wird. Aus dem Gesagten folgt aber auch durch zwingenden Umkehrschluß, daß Umstände, die das Unrecht der Ausführungshandlung beeinflussen würden, wenn sie bei demjenigen vorlägen, der die Ausführungshandlung setzt, nicht die Unrechtmäßigkeit aller Handlungen der Beteiligten begründen oder sonstwie beeinflussen, wenn sie bloß bei einem sonstigen Mitwirkenden vorliegen.“³

Man könnte die Auffassung Zimmerls nicht als Schuld-, sondern als „Rechtswidrigkeitsteilnahme-theorie“ kennzeichnen. Diese Auffassung, wonach die Rechtswidrigkeit der Teilnahme aus der Rechtswidrigkeit der Ausführungshandlung abzuleiten ist, gründet sich auf den von Zimmerl vertretenen restriktiven Täterbegriff⁴. Auch hierzu ist wieder zu sagen, daß das Gesetz in § 50 eine derartige „Rechtswidrigkeitsteilnahme“ bei den strafändernden Umständen ablehnt, und man daher auch bei den strafbegründenden Umständen zu dieser Lösung gezwungen ist, selbst wenn man aus dem „Wesen der Akzessorietät“ oder aus sonstigen Überlegungen (restriktiver Täterbegriff) heraus grundsätzlich eine Rechtswidrigkeitsteilnahme⁵ annehmen zu müssen glaubt.

¹ a. a. O., insbesondere S. 588

² a. a. O., S. 588, 589

³ S. 586 f.

⁴ Vgl. S. 582. Ganz konsequent bleibt Zimmerl dabei aber auch nicht, denn an anderer Stelle (S. 583) spricht er wieder davon, daß das „Unrecht der Ausführungshandlung“ lediglich „größer“ sei als das „sonstiger Mitwirkung“. Hier will er also offensichtlich die Rechtswidrigkeit beider Beteiligungsförmlichkeiten selbständig betrachten, denn sonst müßte er sagen, daß die „sonstige Mitwirkung an sich überhaupt nicht rechtswidrig sei. Leitet sich dagegen ihre Rechtswidrigkeit nur aus der Rechtswidrigkeit der „Ausführungshandlung“ ab, dann ist es selbstverständlich, daß ihr „Unrechtsgehalt“ hinter dem der Ausführungshandlung zurückbleibt und für eine Vergleichung zweier selbständiger „Unrechtsgehalte“ gar kein Raum ist.

⁵ Vgl. dazu noch eingehend unten S. 82 ff

Schließlich ist noch auf die Behauptung Zimmerls einzugehen, daß der das Unrecht begründende besondere Umstand in der Person des Ausführenden vorliegen müsse, daß es dagegen für die Strafbarkeit eines sonstigen Beteiligten nicht genüge, wenn dieser Umstand nur bei ihm gegeben sei. Zimmerl bildet zum Nachweis der Richtigkeit dieses „Umkehrschlusses“ folgendes Beispiel:

„A veranlaßt den Bräutigam seiner Tochter, mit dieser den Beischlaf zu vollziehen. Die Blutsverwandtschaft ist zweifellos eine persönliche Eigenschaft, die bei diesem Tatbestand die Strafbarkeit erst begründet. Sie liegt beim Anstifter vor, daher wird der A, ja sogar die Tochter selbst, wegen Blutschande bestraft. Man mag versuchen, dieses unsinnige Ergebnis durch Auslegungskunststücke hinwegzuinterpretieren.“⁶ Dieses Ergebnis sei aber, falls man nicht das Vorliegen des besonderen Umstandes **beim Ausführenden** verlange, notwendig. Insbesondere sei es ein fruchtloses „Auslegungskunststück“, etwa mit der These helfen zu wollen, daß die Ausführungshandlung nicht rechtswidrig sei. Dabei werde übersehen, daß die „Unrechtmäßigkeit eben durch jene beim Anstifter vorliegende persönliche Eigenschaft begründet werden soll“⁷.

Zimmerl ist hier dem gleichen Trugschluß zum Opfer gefallen, wie vor ihm das Preußische Obertribunal⁸ und nach ihm noch Niethammer⁹. Es ist offensichtlich, daß es hier bereits am **Tatbestand** der Blutschande fehlt: Daß es zur Vereinigung der Geschlechtsteile zweier Blutsverwandter gekommen sei, wird sich schwerlich behaupten lassen.¹⁰

Zu einer ähnlichen Lösung wie Zimmerl kommt in neuester Zeit Piotet¹¹. Bei ihm ist wohl die ausführlichste und m. E. überzeugendste Begründung für die Notwendigkeit einer Gleichbehandlung von strafbegründenden und strafändernden Umständen zu finden:

„Wenn bei Fehlen der persönlichen Merkmale die Verwirklichung sämtlicher sachlicher Merkmale nicht zur Bestrafung des Täters führen kann, dann muß die bloße Mitwirkung bei der Verwirklichung der sachlichen Merkmale erst Recht straflos bleiben, wenn der Teilnehmer die Voraussetzungen der persönlichen Merkmale nicht erfüllt. In beiden Fällen rechtfertigt das Verhalten des Täters oder Teilnehmers keine Bestrafung. Die Tatsache, daß im zweiten Fall einer der Teilnehmer strafbar ist, weil in seiner Person die persönlichen Merkmale vorliegen, kann die Strafwürdigkeit oder Strafbarkeit des anderen nicht bewirken.“¹² Die Auffassung der h. M. dagegen führe zu „völlig untragbaren Ergebnissen, gegen die sich die Logik im allgemeinen, die Systematik des Gesetzes im besonderen sträubt.“¹² „Zunächst ist es, ganz allgemein gesprochen, ungerecht und unlogisch, daß ein persönlicher Umstand, der nur die Person des Täters betrifft (z. B. die Gewerbsmäßigkeit), keinen Einfluß auf die Strafbarkeit des Teilnehmers hat, wenn er strafschärfend, wohl aber, wenn er strafbegründend ist. Mit anderen Worten, es ist ungerecht und unlogisch, daß in einem Fall der Teilnehmer so behandelt wird, wie wenn der persönlich strafschärfende Umstand beim Täter nicht existierte, und daß er in einem anderen die Strafe verwirkt, die auf den Haupttäter angewandt wird, der die strafbegründenden Umstände in seiner Person verwirklicht. Es ist ferner ungerecht und unlogisch, daß die Strafe des Teilnehmers mehr oder weniger streng ist, je nachdem, ob auch in seiner Person das strafschärfende Merkmal gegeben ist, das beim Haupttäter vorliegt; daß der Teilnehmer aber ohne Rücksicht darauf bestraft wird, ob ein strafbegründendes Merkmal bei ihm vorliegt oder nicht. Es gibt hier nur eine richtige Lösung:

Den persönlichen Umständen, die den Haupttäter betreffen, jeden Einfluß auf die Strafe des Teilnehmers abzusprechen.“¹³

Mit der herrschenden Lehre dagegen komme man zu dem sinnwidrigen Ergebnis, die Teilnahme an einem geringeren Vergehen strenger zu bestrafen als die Teilnahme an einem schwereren Delikt; z. B. werde gewerbsmäßige Hehlerei (§ 260) mit Zuchthaus bis zu 10 Jahren, gewerbsmäßiger Sachwucher (§ 302e) dagegen nur mit Gefängnis nicht unter 3 Monaten bestraft¹⁴. Man sollte daher annehmen, daß auch die Strafe eines — nicht gewerbsmäßig handelnden — Teilnehmers wenigstens in einem gewissen Verhältnis diesen Unterschied der für die Täter geltenden Strafdrohungen widerspiegele. Das Ergebnis aber, zu dem die fast einhellige Meinung

⁶ S. 589 unten

⁷ S. 589 Anm. 8

⁸ Vgl. oben S. 15 ff

⁹ Vgl. oben S. 23 f

¹⁰ Vgl. schon die Ausführungen zu Niethammer, oben S. 24

¹¹ In ZStW 69, S. 14 ff.

¹² S. 19

¹³ S. 20

¹⁴ Piotet S. 21 verweist dann nur in sehr gemäßigtem Ton auf das für den Teilnehmer entstehende Mißverhältnis.

notgedrungen kommt, ist verblüffend: Bei der Teilnahme am Verbrechen des § 260 muß man gem. § 50 auf § 259 zurückgehen, kann also den Anstifter beispielsweise mit Gefängnis von einem Tag bestrafen. Bei der Anstiftung zu dem Vergehen des § 302e dagegen ist eine Gefängnisstrafe von mindestens 3 Monaten zu verhängen. Die vom Gesetzgeber getroffene, sehr unterschiedliche Bewertung der Strafwürdigkeit beider Delikte wird für den Teilnehmer nicht etwa nur abgemildert und die große Differenz zwischen beiden Strafrahmen etwas aneinander angeglichen, sie wird geradezu auf den Kopf gestellt!¹⁵ Zur Vermeidung solcher sinnwidriger Ergebnisse sei eine analoge Anwendung des § 50 II nicht nur zulässig, sondern unbedingt erforderlich. Außerdem könne man auch aus § 50 I direkt zu dem gleichen Ergebnis gelangen.¹⁶

In einem weiteren Punkt ist Piotet zuzustimmen, nämlich bei der Gleichbehandlung von mittelbarer Täterschaft und Teilnahme (im engeren Sinne). Die Straflosigkeit eines Extraneus im Falle von mittelbarer oder Mittäterschaft, dagegen seine Strafbarkeit als Anstifter oder Gehilfe sei logisch nur vertretbar, wenn man „mit Nagler annimmt, das Gesetz verbiete den Extranei nicht, die betreffende Handlung zu begehen, sondern nur, sich an der Straftat eines Intra-neus als Anstifter oder Gehilfe zu beteiligen. Das kommt aber darauf hinaus, nur das strafrechtlich weniger bedeutsame Verhalten unter die Verbotsnorm zu stellen und die antisoziale Handlungsweise eines mittelbaren Täters oder eines Mittäters zu gestatten. Ein solches Ergebnis kann nicht hingenommen werden.“¹⁷

Zudem werde hier häufig versucht, Fälle, bei denen sonst ohne weiteres — mittelbare — Täterschaft angenommen wird, gewaltsam in Teilnahme umzudeuten¹⁸. Man dürfe aber nicht die Begriffe von Täterschaft und Teilnahme von dem zufälligen Umstand abhängig machen, ob im jeweiligen Tatbestand gerade ein strafbegründendes oder aber ein strafänderndes Merkmal vorhanden sei¹⁹.

Überzeugend ist hier vor allem die Kritik, die Piotet an der schillernden Natur der Welzelschen Täterschaft übt²⁰. Nach Welzel²¹ ist der Hintermann, der das strafbegründende persönliche Merkmal aufweist, mittelbarer Täter, da er die „Tatherrschaft“ hat.

Diese Form der mittelbaren Täterschaft komme aber nur bei strafbegründenden persönlichen Merkmalen in Frage. „Wo das persönliche Tätermerkmal nur strafändernden Charakter hat, ist der unmittelbare Handelnde Täter des Grunddelikts. Es gilt die Regelung des § 50 II.“²² Piotet bemerkt dazu:

„Wenn man dem Hintermann aber bei einem Delikt, dessen strafbegründendes besonderes persönliches Merkmal er allein verwirklicht, Tatherrschaft zuspricht, so muß man dies konsequenterweise auch dann, wenn ein Delikt zur Frage steht, dessen besonderes persönliches Merkmal strafscharfender Natur ist und der Hintermann allein dieses Merkmal verwirklicht. Die Existenz eines Grunddelikts kann nicht zu verschiedener Qualifizierung des Verhaltens eines Hintermanns führen, der allein alle persönlichen Merkmale des betr. Delikts erfüllt. Wäre Welzels Tatherrschaft ein eindeutiger positiver Begriff, so müßte sein Vorliegen in beiden Fällen bejaht oder verneint werden. Das kann aber leider nicht gesagt werden. Welzel spricht bei den strafbegründenden besonderen persönlichen Merkmalen nur deshalb von Tatherrschaft, weil er die Voraussetzung von Anstiftung und Teilnahme nicht für gegeben hält und weil er vielleicht ganz unbewußt davon ausgeht, daß „Täter ist, wer sonst nicht bestraft werden kann.“²³

Ähnliches müsse auch für den „animus auctoris“ der subjektiven Lehre gelten, der je nach Bedarf — bei einem strafbegründeten Merkmal — —zugeteilt oder — bei einem nur strafändernden Merkmal, da er dann zur Bestrafung nicht erforderlich sei — nicht zugeteilt werde²⁴.

Bis zu diesem Punkt können Einwände gegen die Lehre Piotets nicht erhoben werden: Weder von dem zufälligen Umstand, ob das gleiche persönliche Merkmal gerade strafentscheidend oder strafändernd wirkt, noch von der ähnlich zufälligen²⁵ Tatsache, ob eine Beteiligung sich gerade in der Form der Täterschaft oder Teilnahme darstellt, kann die sachliche Entscheidung darüber abhängen, ob diese Beteiligung eines Extraneus strafbar ist oder nicht.

¹⁵ Sehr instruktiv ist auch der von Piotet S. 21 Anm. 14 gebildete Fall.

¹⁶ S. 22, 23

¹⁷ S. 35; vgl. dazu auch meine Ausführungen zur Naglerschen Lehre oben S. 26 und S. 28 f

¹⁸ Vgl. S. 36, 37

¹⁹ Vgl. S. 24, 25, insbesondere Anm. 21

²⁰ S. 24, Anm. 21

²¹ Lehrbuch S. 92 f

²² Welzel, Lehrbuch S. 93

²³ Piotet S. 24 Anm. 21, 2. Absatz

²⁴ Piotet S. 24, 25, Anm. 21 am Ende

²⁵ und, wie die obigen Ausführungen zur „Tatherrschaft“ und zum „animus auctoris“ zeigen, weitgehend manipulierbaren ...

Um nun solche „persönlichen Umstände“, die übertragbar sind, von den nicht übertragbaren zu unterscheiden²⁶, entwickelt Piotet folgenden Gedankengang:

Von den drei allgemeinen Deliktsmerkmalen Tatbestand, Rechtswidrigkeit und Schuld stelle lediglich der Begriff der Rechtswidrigkeit eine Einheit dar²⁷, während Tatbestand und Schuld sich aus „verschiedenen Elementen“ zusammensetzen²⁸. Diese verschiedenen Elemente nun könne man, und zwar unabhängig davon, ob sie dem Tatbestand oder der Schuld zuzuordnen seien, in zwei große Gruppen einteilen, nämlich in 1. sachliche und 2. persönliche Merkmale²⁹:

„1. **Sachliche Merkmale** sind vom Gesetzgeber berücksichtigt, weil ihre Verwirklichung gewisse Rechtsgüter verletzt oder bedroht. Sie sind sachlich, weil sie die objektive Schwere der Tat modifizieren und damit die Strafwürdigkeit aller an der Tat beteiligten Personen, die diese Merkmale kennen (oder kennen müssen: Fahrlässigkeitsdelikte).

2. **Persönliche Merkmale** sind vom Gesetzgeber berücksichtigt, weil ihre Verwirklichung nur die Strafwürdigkeit der Tatbeteiligten beeinflusst, bei denen sie vorliegen. Sie beziehen sich nicht auf die Verletzung oder Bedrohung eines Rechtsgutes, also nicht auf die Strafwürdigkeit der Teilnehmer, die sie zwar kennen, in ihrer Person aber nicht selbst verwirklichen. Deshalb nennen wir sie persönliche Merkmale.“³⁰

Diese zweite Gruppe, die persönlichen Merkmale also, könne man nun wieder in solche a) allgemeiner und b) besonderer Art unterscheiden; die allgemeinen seien die, die bei jedem Verbrechen vorliegen müßten, also Zurechnungsfähigkeit, Zumutbarkeit u. ä. Die unter b) genannten besonderen persönlichen Merkmale dagegen seien nur gewissen Delikten eigen. Auch sie müsse man wieder in zwei Untergruppen einteilen:

„aa) Besondere subjektive (d. h. innere, psychische) persönliche Merkmale: Vorsatz, Fahrlässigkeit, Absichten, Handlungstendenzen, Gesinnungsmomente.

bb) Besondere objektive (d. h. äußere, nicht rein psychische) persönliche Merkmale. Der objektive Umstand, daß eine Mutter ihr uneheliches Kind während oder gleich nach der Niederkunft tötet (§ 217), ändert z. B. nichts an der Verletzung des Rechtsguts, mindert aber die Strafwürdigkeit der Mutter (nicht die der Teilnehmer, die nach den Vorschriften der §§ 211, 212 bestraft werden müssen.“³¹

Aus dieser Einteilung ergebe sich als selbstverständlich, daß es bei den **sachlichen** Merkmalen nicht erforderlich sei, daß jeder Tatbeteiligte sie selbst verwirkliche, „es genügt, daß er deren Verwirklichung durch einen anderen Tatbeteiligten kannte.“

Andererseits genüge es jedoch dann, wenn ein Gesetz besondere persönliche Merkmale erfordere, auch für den Alleintäter nicht, wenn er nur die sachlichen Merkmale verwirkliche oder verwirklichen lasse; die besonderen persönlichen Merkmale müßten schon bei ihm selbst vorliegen. Daher müsse auch „jeder Teilnehmer die persönlichen Merkmale in seiner Person erfüllen“³². Dieser Grundsatz sei auch hinsichtlich der **allgemeinen** persönlichen Merkmale (Zurechnungsfähigkeit u. ä. und bei einem Teil der besonderen psychischen persönlichen Merkmale (Vorsatz, Fahrlässigkeit usw.)³³ nie angetastet worden. Warum er dann auf die anderen persönlichen Merkmale, die sachlich doch die gleiche Funktion hätten (nämlich Einfluß nur auf die Strafwürdigkeit³⁴ zu nehmen), nicht immer angewendet würde — nämlich dann nicht, wenn sie **strafbegründend** wirken³⁵ —, sei nicht ersichtlich. § 50 stehe dem jedenfalls nicht entgegen³⁶.

Es muß jetzt noch dargestellt werden, wie Piotet seine Unterscheidung in 1. sachliche, also übertragbare, und 2. persönliche, also an die Person des einzelnen Teilnehmers gebundene Merkmale praktisch anwendet. Zur zweiten Gruppe sollen gehören, unübertragbar sein also z. B. die niedrigen Beweggründe des § 211, da das „geschützte Rechtsgut das gleiche bleibt“, ob der

²⁶ Wohlgemerkt: das ist unabhängig von ihrer Wirkung als strafbegründende oder strafändernde! Und auch unabhängig von der Form der Beteiligung (mittelbare Täterschaft oder Teilnahme).

²⁷ hiergegen richten sich meine Haupteinwände; vgl. unten S. 44 bis 46

²⁸ a. a. O. S. 15

²⁹ Vgl. S. 17

³⁰ S. 17 f

³¹ S. 18

³² S. 18 f

³³ Vgl. oben S. 42

³⁴ „Strafwürdigkeit und Schuld sieht Piotet, auch an anderen Stellen seiner Arbeit, offensichtlich als identisch an.

³⁵ Hierher gehöre auch der unverständliche Versuch, in den § 50 das Merkmal der „Dauer“ hineinzuiinterpretieren. Ob einem persönlichen Merkmal Dauer zukommt, hat mit der ganzen Frage jedoch nichts zu tun; vgl. dazu eingehend Class in NJW 1949, S. 83 ff.

³⁶ S. 19

Täter nun aus diesen Beweggründen (dann § 211) oder aus sonstigen Motiven heraus (dann § 212) tötet³⁷.

Das gleiche gelte auch für alle Absichtsdelikte. Die Absicht sei kein sachliches, also die Gefährdung oder Verletzung des jeweiligen Rechtsgutes begründendes Merkmal. „Nicht die Absicht verletzt das Rechtsgut, sondern die Verwirklichung dieser Absicht, ebenso wie bei den gewöhnlichen vorsätzlichen Delikten nicht der Vorsatz, sondern seine Verwirklichung. Hat der Haupttäter eine bestimmte Absicht, so kann ein Tatbeteiligter, der diese Absicht kennt, den Haupttäter ebenso wenig unterstützen, ohne im Regelfall diese Absicht selbst in sich zu tragen, wie er zu einer vorsätzlichen Tat in Kenntnis des Vorsatzes des Haupttäters Beihilfe leisten kann, ohne selbst vorsätzlich zu handeln“.³⁸

Genauso wenig wie der Vorsatz dürfte daher auch die Absicht übertragen werden. Daß dieses systematisch gewonnene Ergebnis richtig sei, zeige sich z. B. in dem Fall, „wenn ein Tatbeteiligter die Absicht eines anderen kennt, aber weiß, daß ihre Verwirklichung unmöglich ist. Wäre die Absicht sachliches Merkmal, so müßte der Tatbeteiligte, der sie kennt, aber nicht selbst in sich trägt — er weiß oder glaubt, ihre Verwirklichung sei unmöglich — bestraft werden, ein untragbares Ergebnis! Das gleiche gilt für den Vorsatz. Wer sich an einer Tat beteiligt, die, wie er weiß, ein untauglicher Versuch ist, kann nicht bestraft werden, obwohl er den Vorsatz des Haupttäters kennt. Sind aber Vorsatz und Absicht persönliche Merkmale, wie wir es vertreten, so müssen sie bei jedem Tatbeteiligten vorliegen. Wer weiß oder glaubt, daß die Verwirklichung des Vorsatzes oder der Absicht eines anderen Tatbeteiligten unmöglich ist, bleibt straflos, weil es ihm dann am Vorsatz oder an dieser Absicht fehlt.“³⁹

Zu scheinbaren Schwierigkeiten komme es lediglich in Fällen, in denen der Gesetzgeber, wie z. B. bei § 242, das ‚sich‘ bei der Absicht herausstreiche. Es sei jedoch allgemeine Meinung, daß es sich bei dieser und ähnlichen Formulierungen mehr um eine „wenig glückliche Ausdrucksweise des Gesetzgebers“⁴⁰ handle, als darum, daß in diesen Fällen wirklich auf die ‚Selbstbezogenheit‘ abgestellt werden sollte. So werde auch häufig versucht, diese sich zwar aus dem Wortlaut ergebende, sachlich aber durchaus nicht berechnete Einschränkung des § 242 auf das ‚sich zueignen‘ zu umgehen⁴¹. Generell jedenfalls seien Motive, Absichten u. ä. zu den „besonderen psychischen persönlichen Merkmalen“ zu zählen und daher unübertragbar. Auch in diesem Punkt verdient Piotet Zustimmung.

Zu den „besonderen äußeren persönlichen Merkmalen“ dagegen gehört nach der Auffassung Piotets der Fall des § 217⁴², da es hier nicht um eine Veränderung der Verletzung des Rechtsgutes gehe⁴³, sondern nur um die geringere Strafwürdigkeit der Mutter. Auch dieses Merkmal sei daher nicht übertragbar. Diesem Ergebnis wird man zustimmen können, wenn man auch an der Begründung zweifeln mag, denn der Grund, warum in § 217 die Strafe gemildert wird, liegt nicht in den dort geschilderten äußeren Umständen, sondern ersichtlich in dem durch sie bei der Mutter hervorgerufenen **Gemütszustand**. Die vom Gesetzgeber angeführten äußeren Tatsachen dienen nur der — allerdings bindenden — Feststellung dieser Gemütsverfassung. Es würde sich daher der Klarheit halber empfehlen, auch hier von besonderen **psychischen** persönlichen Merkmalen zu sprechen. Das Ergebnis ist jedenfalls in beiden Fällen das gleiche.

Piotet wendet sich dann der Einordnung der Beamteneigenschaft zu⁴⁴. Sie könne nicht — wie es die h. M. allerdings nur im Falle der **Strafänderung** tue — als besonders persönliches Merkmal angefaßt werden. Es handle sich hier vielmehr um sachliche Merkmale, „die die Verletzung des geschützten Rechtsgutes betreffen, und deshalb allen Tatbeteiligten schaden, die sie kennen, auch wenn sie sie selbst nicht verwirklichen“⁴⁵. Die Rechtsgüter der Amtsdelikte⁴⁶ könnten überhaupt nur bei der Ausübung eines Amtes verletzt werden. Ein Nichtbeamter allein könne daher den objektiven Tatbestand niemals verwirklichen. Wirke er aber mit einem Be-

³⁷ Vgl. dazu schon oben § 5 Anm. 38

³⁸ S. 28

³⁹ S. 29

⁴⁰ S. 29 unten und 30 oben

⁴¹ S. 30 Anm. 33; käme es wirklich auf die Sichbezogenheit an, dann müßte man aber auch konsequent den „uneigennütigen“ Dieb selbst straflos lassen, folglich dann, aber auch nur dann, auch die Teilnehmer, die dem Dieb bei dessen Zueignung nur helfen; vgl. dazu auch noch unten S. 86

⁴² Vgl. S. 18

⁴³ „Die Strafe ist selbstverständlich nicht milder, weil ein uneheliches Kind weniger Wert für die Gesellschaft hätte als ein eheliches. Es bedarf auch keiner weiteren Erklärung dafür, daß das Leben eines Kindes während und nach der Geburt gleich wertvoll ist“ (S. 18 Anm. 7).

⁴⁴ S. 30 f

⁴⁵ S. 31 oben

⁴⁶ Piotet versteht darunter „das besondere Vertrauen, das der einzelne in die öffentliche Gewalt setzt, und das Interesse des Staates an einem gut funktionierenden Verwaltungsapparat.“ (S. 31 oben).

amten zusammen, dann müsse er sich dessen Beamteneigenschaft als „sachlichen Umstand“ anrechnen lassen. Der Fall liege nicht anders als die Teilnahme einer Frau an einer Notzucht: Der Frau fehlten die physischen Voraussetzungen, dem Nichtbeamten die Amtsgewalt⁴⁷. Daß die Beamteneigenschaft sich etwa nur auf die **Strafwürdigkeit** beziehe, sei doch wohl ausgeschlossen⁴⁸. Da es sich insoweit um einen „sachlichen“ Umstand handle, sei § 50 auch beim unechten Amtsdelikt unanwendbar. Der Extraneus sei **immer** aus dem Strafraum des Amtsdelikts zu bestrafen⁴⁹.

Es ist Piotet zuzugeben, daß seine Lehre die Inkonsequenzen der h. M. vermeidet. Eine andere Frage aber ist, ob die Konsequenz in der gleichmäßigen **Anrechnung** der Beamteneigenschaft — also Rückgriff auf den Strafraum auch des **unechten** Beamtdelikts — oder aber in der gleichmäßigen **Nichtanrechnung** dieser Eigenschaft — also Straflosigkeit bei Teilnahme am echten Beamtdelikt — bestehen soll. Die Folgerungen Piotets sind in sich geschlossen und konsequent. Wenn Kritik überhaupt möglich ist, dann nur am **Ausgangspunkt** seiner Deduktion: Anders als Tatbestand und Schuld setze sich die Rechtswidrigkeit **nicht** aus verschiedenen Elementen zusammen; sie könne daher auch nicht in Bezug auf verschiedene Beteiligte verschieden behandelt werden; werde eine Tat durch den in **einer** Person gegebenen Umstand rechtswidrig, so müsse dieser Umstand und darum die Rechtswidrigkeit auch auf die anderen Beteiligten ausstrahlen. Es kommt also alles darauf an, ob die These Piotets von der einheitlichen Natur der Rechtswidrigkeit richtig ist. Piotet selbst geht nur davon aus, er begründet diese Behauptung aber nicht.

Nimmt man mit der h. M. an, daß z. B. bei der Notwehr ein Verteidigungswille erforderlich sei⁵⁰, dann kann die These Piotets nicht richtig sein. Erwehrt sich der A (mit Verteidigungswillen) eines rechtswidrigen Angriffs des X, und steht ihm (dem A) der hinzukommende B bei⁵¹ (ohne Verteidigungswillen, weil er eine alte Rechnung mit dem X begleichen will), dann wäre nach der h. M. die Handlung des A gerechtfertigt, die des B aber nicht. Nimmt man nun mit Piotet an, daß alle Umstände, die sich auf die Rechtswidrigkeit beziehen, übertragbar seien, dann wären einerseits — wenn man von A ausgeht — beide Beteiligte gerechtfertigt, andererseits — von B ausgehend — beide nicht gerechtfertigt.⁵² Die These Piotets läßt sich also mit der h. M. nicht vereinbaren. Natürlich ist das kein überzeugendes Argument gegen die Richtigkeit seines Ausgangspunktes; es kann umgekehrt vielmehr ein weiterer Beweis dafür sein, daß ein „Verteidigungswillen“ zur Notwehr nicht erforderlich ist⁵³. Für Piotet wäre es aber angesichts dieses naheliegenden Einwandes vom Boden der h. M. her, erforderlich gewesen, seine Auffassung von der „einheitlichen Natur“ der Rechtswidrigkeit wenigstens andeutungsweise zu begründen.

Daß die Auffassung Piotets — abgesehen von ihrer Unvereinbarkeit mit der h. M. — in diesem Punkt nicht richtig sein kann, ergibt sich aus folgender Überlegung:

Gegenstand des Rechtswidrigkeitsurteils ist die — tatbestandsmäßige — **Handlung**, nicht etwa (nur) der Erfolg der Tat⁵⁴. Nur dann, wenn es **lediglich** auf den Erfolg ankäme, wäre die These Piotets haltbar: Wirken mehrere an der Verursachung eines Erfolges mit, dann ist allerdings dieser Erfolg für alle der gleiche. Daher muß auch die Bewertung dieses Erfolges durch die Rechtsordnung notwendig für alle übereinstimmen. Damit ist aber noch nicht gesagt, daß auch die Bewertung der — verschiedenen — **Handlungen**, die zu dem — einen — Erfolg geführt

⁴⁷ Vgl. S. 31

⁴⁸ S. 32

⁴⁹ S. 33 f

⁵⁰ Vgl. etwa Schönke-Schröder § 53 Anm. V 6, mit weiteren Nachweisen; schlechterdings unverständlich ist allerdings, was Schönke-Schröder an dieser Stelle weiter ausführt: „... erforderlich ist ein Verteidigungswille. Notwehr liegt also nicht vor, wenn jemand einen anderen verletzen wollte und hierdurch, ohne es zu wissen, einen Angriff abwehrte. In diesem Fall liegt jedoch, da die objektiven Voraussetzungen des § 53 gegeben waren, keine vollendete Tat vor, sondern mangels des subjektiven Rechtfertigungselementes nur Versuch“ (!) — Wenn man schon den Verteidigungswillen zur Rechtfertigung für erforderlich hält, dann ist eben eine Tat, die ohne ihn begangen wird, auch rechtswidrig; und diese Tat wollte der Täter begehen und er hat sie begangen. Wieso soll es dann an der Vollendung fehlen? Anscheinend ist es der herrschenden Meinung bei dem „Verteidigungswillen“ doch nicht ganz wohl; — einerseits ist er zwar erforderlich, andererseits aber nicht — ?!

⁵¹ Im Rahmen der Erforderlichkeit usw.

⁵² Diesen Fall kann man nicht nur für die Mittäterschaft benutzen, sondern auch für die Anstiftung variieren: Der B übersieht die Sachlage, er weiß, daß von seiten des X ein Angriff auf den A unmittelbar droht, und hetzt daraufhin den nichtsahnenden A auf den X; umgekehrt läßt sich auch der Fall bilden, daß nur der Täter, nicht aber der Anstifter mit „Verteidigungswillen“ handelt.

⁵³ Vgl. dazu schon oben § 9 Anm. 50

⁵⁴ Vgl. Mezger, Lehrb. S. 162; daß dieses Urteil über die Handlung häufig erst **gewonnen** werden kann, wenn der Erfolg der Tat feststeht oder bekannt geworden ist, schließt nicht aus, daß das Objekt der Wertung die **Handlung** bleibt, vgl. Mezger a. a. O.

haben, übereinstimmen muß.⁵⁵ Dies hängt vielmehr davon ab, ob alle Beteiligten in gleicher Weise an die Norm gebunden sind, ob das Ge- oder Verbot der Rechtsordnung alle Mitwirkenden gleichmäßig trifft⁵⁶. Da somit von der Möglichkeit verschiedenwertiger Beteiligung Mehrerer an der Verursachung ein und desselben Erfolges auszugehen ist, bestehen gegen die These Piotets von der notwendig einheitlichen Natur der Rechtswidrigkeit durchgreifende Bedenken. „Nicht alle Menschen ... sind gleichermaßen und in gleichem Umfang Adressaten der Normen⁵⁷“. „Was dem Eigentümer einer Sache erlaubt ist, ist allen Nichteigentümern verboten.“⁵⁸ Wenn der Hausherr nur einem von drei Besuchern das weitere Verweilen gestattet, dann verstoßen nur die beiden anderen gegen die Norm, die dem § 123 zugrunde liegt⁵⁹. Es ist daher bei der Beurteilung der Handlung jedes einzelnen Tatbeteiligten danach zu fragen, ob er gegen eine Norm, die **ihn** bindet, verstößt. Erst dann darf über seine Handlung das Urteil der Rechtswidrigkeit gefällt werden.

Die von Piotet — ohne Begründung — aufgestellte These von der „einheitlichen Natur“ der Rechtswidrigkeit ist daher unrichtig. Da dem Rechtswidrigkeitsurteil nicht nur die Bewertung des Erfolgs, sondern vor allem die Bewertung der Handlung zugrunde liegt, kann zu dem Urteil, daß die Teilnahmehandlung des A rechtswidrig sei, nicht mehr allein auf den **Erfolg**, den er zusammen mit B erzielt hat, abgestellt werden. Es genügt auch nicht, daß der gemeinsame Erfolg als rechtswidrig bewertet und gleichzeitig festgestellt wird, daß die Handlung des B gegen eine für diesen geltende Norm verstoßen hat. Entscheidend ist vielmehr, ob A selbst gegen ein für ihn geltendes Gebot sich vergangen hat⁶⁰. Die Verletzung eines Rechtsgutes allein genügt für das Urteil der Rechtswidrigkeit nicht. Das Strafrecht dient zwar allein dem Schutz von Rechtsgütern⁶¹. Zum Teil werden die Rechtsgüter aber nur gegen bestimmte Angriffswege⁶², zum Teil auch nur „gegen bestimmte Menschen mit bestimmten ... Merkmalen“⁶³ geschützt.

Es kommt also für jeden Tatbeteiligten darauf an, ob gerade **ihm** die Handlung verboten war. Da der Ausgangspunkt der Piotetschen Lehre zur Teilnahme am Sonderdelikt aber gerade in der umgekehrten Annahme besteht⁶⁴, daß sich nämlich aus einem persönlichen Umstand des einen Tatbeteiligten, auf dem die Rechtswidrigkeit **seiner** Handlung beruhte, auch die Rechtswidrigkeit der Handlung des anderen Beteiligten ableiten lasse, sind mit diesem Ausgangspunkt auch die Folgerungen Piotets hinfällig⁶⁵.

Den Ausführungen Zimmerlis und Piotets kann daher nur insoweit zugestimmt werden, als sie eine höchstpersönliche Anrechnung aller auf die **Schuld** bezogenen Merkmale verlangen, und zwar muß diese Beschränkung der Zurechnung auf den, bei dem die jeweiligen Merkmale in Person vorliegen, unabhängig davon sein, ob dadurch die Schuld — und damit die Strafe — **begründet** oder nur **verändert** wird.

Ob eine andere Regelung für solche persönlichen Merkmale gelten muß, die sich auf die **Rechtswidrigkeit** beziehen, konnten beide Autoren, wie oben gezeigt, nicht überzeugend nachweisen. Bei der Kritik an Piotet hat sich im Gegenteil ergeben, daß auch hier eine andere Lösung als bei den bloßen Schuldmerkmalen nicht möglich sein wird.

⁵⁵ Dies ist in neuester Zeit insbesondere von Oehler (a. a. O. S. 30 ff., 41, 65) begründet worden. Es erscheint allerdings sehr fraglich, ob man in diesem Zusammenhang — wie Oehler es an den genannten Stellen tut — von einer Wirksamkeit der „**Bestimmungsnorm**“ bereits im Rahmen der Rechtswidrigkeit sprechen soll. Wenn Oehler — m. E. richtig — davon ausgeht, die Beurteilung einer Handlung als rechtswidrig hänge nicht nur davon ab, daß es zu einem vom Recht mißbilligten Erfolg (nämlich zu einer Rechtsgutsverletzung) gekommen sei, man müsse vielmehr auch danach fragen, ob das Recht gerade dem jeweils Beteiligten die Setzung des Tatbestandes, also die **Handlung** verbiete, dann bewegt er sich dabei — sachlich — noch ganz im Rahmen der **Bewertungsnorm**. Das Objekt der Wertung ist dabei nicht der Erfolg, sondern die Handlung des jeweils Beteiligten. Eines Rückgriffs auf die Bestimmungsnorm, auf das „Du sollst“ hätte es daher nicht bedurft (vgl. zur Imperativentheorie Mezger, Lehrs. S. 164—167, insbesondere Anm. 3—11 mit zahlreichen Nachweisen). Vgl. auch noch unten S. 82 ff.

⁵⁶ Ähnlich, gleichfalls unter Bezugnahme auf Oehler, Johannes a. a. O. S. 44 f., 52 ff. Wegen der Lehre Oehlers bezüglich der Relevanz der Bestimmungsnorm schon für die Rechtswidrigkeit vgl. allerdings oben § 9 Anm. 55.

⁵⁷ Johannes a. a. O. S. 53.

⁵⁸ Johannes a. a. O. S. 53 f.; auch die folgenden Überlegungen finden sich ähnlich bei Johannes.

⁵⁹ Vgl. die ausführlichen Erörterungen von Johannes a. a. O. S. 54 ff., insbesondere S. 56 Anm. 157.

⁶⁰ Ähnlich, gleichfalls im Anschluß an Oehler, Johannes, a. a. O. S. 44 f.

⁶¹ Vgl. Oehler, S. 65.

⁶² Man denke z. B. an die Vermögensdelikte.

⁶³ Oehler, S. 65 Mitte.

⁶⁴ Vgl. oben S. 42.

⁶⁵ Bezüglich der Beamtendelikte; seine Ausführungen zu den sonstigen persönlichen Merkmalen, die sich **nur** auf die **Schuld** beziehen, bleiben hiervon natürlich unberührt; vgl. oben S. 41 bis S. 43.

Auch in der Literatur ist man schon, wie in dem folgenden, letzten Abschnitt der kritischen Betrachtung der bisherigen Lehren gezeigt werden soll, zu einem gleichen Ergebnis gekommen. Daß die **Begründung** in manchen Punkten abweicht, hängt mehr von dem jeweiligen Entwicklungsstand des Strafrechtssystems ab, als daß es auf einer grundsätzlichen Verschiedenheit der sachlichen Überlegungen beruhte.

3. Auch solche Umstände, die sich auf die Rechtswidrigkeit beziehen (z. B. die Beamteneigenschaft), dürfen auf andere Teilnehmer nicht übertragen werden.
(Köstlin, Kohler, Schwarze, Bähr).

Schon Köstlin¹ hat klar erkannt, daß es zur Beurteilung der Strafbarkeit einer Handlung auf die persönlichen Verhältnisse des jeweils Handelnden selbst, nicht aber auf die Person anderer Tatbeteiligter ankommt. Genauso eindeutig hat er ausgesprochen, daß die Frage der **eigenhändigen** Begehung davon scharf zu unterscheiden ist:

„Die Beihilfe ist eine verbrecherische nur insoweit, als die beförderte Handlung, auf den Gehilfen selbst bezogen, als mögliches Verbrechen erscheint. Es ist daher gar nicht strafbar, wenn ein reines Dienstverbrechen durch eine nicht unter derselben Dienstpflicht stehende Person befördert wird. Enthält dagegen das Dienstvergehen zugleich ein gemeines Verbrechen, so ist eben nur die Beihilfe zu diesem zu bestrafen. Ebenso verhält es sich mit anderen Verbrechen, welche auf Seiten des Urhebers wegen persönlicher Verhältnisse zum Gegenstand des Verbrechens qualifiziert oder privilegiert sind, wie Verwandtenmord, Familiendiebstahl. Hier ist die Beihilfe stets nur als zu dem Verbrechen geleistete zu betrachten, welches der Gehilfe selbst als Urheber begangen haben würde . . . Die entgegengesetzte Ansicht ist nicht nur theoretisch falsch, sondern führt auch praktisch zu Schwierigkeiten, die nur durch absolute Willkür lösbar sind.“²

Entsprechendes gelte auch für die Anstiftung.³ Der Einwand, der oft gegen diese Anschauung vorgebracht werde, daß dann nämlich Anstiftung zu den „Fleischesverbrechen“ z. B. überhaupt nicht mehr strafbar sei, „weil hier nur das aktive Agens seinen Geschlechtstrieb befriedigen könne, ebenso könne ein Blinder nicht Anstifter einer Fälschung sein und dergleichen“,⁴ sei unbegründet. „Offenbar verwechselte man hierbei die formelle Absicht, die allein zum Dolus gehört, mit der materiellen (dem Zweck) und legte auf das Mittel der physischen Ausführung kindischer Weise ein Gewicht, das eben in dem Dolus des Anstifters, welcher ein taugliches Mittel wählt, sich absorbiert (wie denn auch ein Impotenter als Anstifter eines Ehebruchs oder dergleichen hätte aufs Tapet gebracht werden können)“⁵! Man stifte lediglich Verwirrung, wenn man die Beamtenverbrechen mit Inzest, Ehebruch, Bigamie usw. in einen Topf werfe. Man dürfe nicht ganz verschiedene Fälle lediglich „um einer äußeren Ähnlichkeit Willen“⁶ identifizieren:

„Die sog. Fleischesverbrechen sind keineswegs bloß relative Rechtsverletzungen, die etwa nur von einem potenten Ehemann, Verwandten ect. intendiert werden könnten. Sie sind vielmehr Verbrechen gegen das Recht der Familie, welche ein allgemeines, d. h. jeden umfassendes, tragendes und verpflichtendes Rechtsinstitut ist. (Dagegen spricht auch nicht die Strafschärfung beim parricidium. Denn beim parricidium bildet ja nicht das Recht der Familie als solches das Objekt des Verbrechens. Das Familienverhältnis ist hier für ein dasselbe an sich gar nichts angehendes Delikt ebenso ein Schärfungsgrund, wie es beim Familiendiebstahl mildert!) Dagegen ruhen die reinen Amtsverbrechen eben nicht auf einem solchen allgemeinen menschlichen Fundament; sie sind Delikte nur für diejenigen, welche gerade dem besonderen Stande der Beamten u. dgl. angehören und die besondere Verpflichtung über sich genommen haben, deren Verletzung allein die sonst indifferente Handlung zum Delikte macht. Der Schluß von der

¹ In „System des deutschen Strafrechts“; seine Ausführungen datieren zwar aus dem Jahre 1855, sind also 15 Jahre älter als die Bestimmung des § 50 StGB; seine Meinung soll hier gleichwohl wiedergegeben werden. 1. Da das sachliche Problem von der jeweiligen Gesetzesfassung weitgehend unabhängig ist und 2. weil es bei der unten § 12 Ziff. 1 vorgenommenen Auslegung des § 50 nach der Terminologie von 1870 auf den vor 1870 bestehenden Meinungsstreit ankommt und dort daher auf Köstlin verwiesen werden wird.

² System S. 285 f

³ a. a. O. S. 314 f

⁴ a. a. O. S. 317

⁵ a. a. O. S. 317 f

⁶ a. a. O. S. 318

einen Verbrechensklasse auf die andere hinsichtlich der Möglichkeit der Teilnahme ist daher ganz verfehlt.“⁷ Es ist oben gezeigt worden, daß dieser Fehlschluß bis in die neueste Zeit hinein immer wieder gezogen worden ist.⁸

An den Folgerungen Köstlins ist allenfalls zu bemängeln, daß er nicht näher begründet hat, **warum** die Amtsdelikte nur „relative Rechtsverletzungen“, warum sie „nur Delikte sind für diejenigen, ... die die besondere Verpflichtung auf sich genommen haben ...“. Insoweit kann jedoch auf die obige Darstellung bei Piotet verwiesen werden⁹. Dem anderen Gedanken Köstlins, daß es sich bei Inzest usw. um allgemeine, „jeden umfassende“ und daher auch jeden verpflichtende „Rechtsinstitute“ handelt, gerade im Gegensatz zu den Amtsdelikten, kann jedenfalls nichts entgegengehalten werden. Es wird sich auch im weiteren Verlauf der Arbeit zeigen, daß es auf diese Überlegungen bei der Auslegung des § 50 entscheidend ankommt¹⁰.

Kohler, der anders als Köstlin nicht mehr von der gemeinrechtlichen Doktrin und den einzelnen Partikularrechten vor 1871 auszugehen brauchte, stellt ähnliche Erwägungen an; da er einer der wenigen ist, die — im Ergebnis völlig, in der Begründung zum Teil — mit der Lösung, wie sie in der vorliegenden Arbeit versucht wird, übereinstimmen, soll der Wiedergabe seiner Gedanken ein etwas breiterer Raum gewidmet werden.

Kohler geht zunächst auf den Strafgrund der Teilnahme ein¹¹: „Abstrakte Tatbestandshandlungen“ gebe es nicht; „es gibt nur solche Handlungen, welche zu dem gesetzlich verpönten Erfolg in kausalem Verhältnis stehen.“¹² Dieses Verhältnis nun könne enger oder weiter, der Beitrag eines Tatbeteiligten könne wichtiger oder weniger wichtig für den Enderfolg sein¹³, **notwendig** sei er aber immer; daher sei auch der Übergang zwischen den §§ 47 und 49 fließend: Zwischen Mittäterschaft und Beihilfe bestünden daher keine „prinzipiellen Begriffsschranken“¹⁴, kein „qualitativer Unterschied“, sondern lediglich ein „quantitativer“¹⁵, es handele sich nur um „Intensitätsgrade“¹⁶ der Beteiligung¹⁷; schon deshalb könne für die Beihilfe kein anderer Strafgrund gelten als für die Täterschaft.

Ähnliches gelte auch für die Anstiftung: „Die Auffassung des Anstifters als des Teilnehmers an fremder Schuld ist aber deshalb verfehlt, weil eine Teilnahme an fremder Schuld eine Teilnahme an fremder Verantwortlichkeit involvieren würde.“ Dieser Gedanke habe im Laufe der Strafrechtsgeschichte oft genug eine verhängnisvolle Rolle gespielt. „Ganze Familien, ganze Geschlechter, ganze Staaten mußten die kriminelle Verantwortung für die Schuld einzelner Personen übernehmen; ebenso gab es Gesetzgebungen, wonach der Gastgeber für die Delikte des Gastes, ... der Bürge für den Verbürgten, ... der Begünstigte für die Delikte des Täters eintreten mußte! Aber dieser Gedanke entspricht modernem Strafrecht nicht ... Dieses ist insofern individualistisch, als es die Verantwortung für die Schuld lediglich dem Schuldigen aufbürdet ... Dieser Kulturidee widerspräche es, würde man jemanden an der Verantwortung eines anderen teilnehmen lassen, auch wenn er die schuldhafte Willensregung durch Motivierung erweckt hätte. Der Anstifter haftet vielmehr als Urheber der Tat selbst.“¹⁸ Diesem Prinzip der individuellen Verantwortlichkeit widerspräche es, eine „Teilnahme an der fremden Verantwortung“ anzuerkennen¹⁹; gerade der § 50 aber zeige, **daß auch das Gesetz** dieses Prinzip anerkenne. Etwas anderes müsse nur dann gelten, wenn man den Anstifter anders nicht erreichen könne, also den „Satz von der psychischen Kausierung“ ablehne²⁰. Der Gedanke der Schuldteilnahme sei daher nur von einem derartigen — falschen — Ausgangspunkt her zu verstehen.

⁷ a. a. O. S. 318; auf den folgenden Seiten (S. 318 — S. 320) bringt Köstlin dann eine gute Übersicht über die einzelnen Partikularrechte: teils rechnete man den Außenstehenden bei Teilnahme am Amtsdelikt die Beamteneigenschaft des Täters zu (und zwar unabhängig davon, ob sie die Strafe begründet oder verschärft), teils scheidet eine Teilnahme insoweit **völlig** aus!

⁸ Vgl. oben S. 16 ff, S. 23 f

⁹ Vgl. oben S. 44 ff; s. auch nochmals unten S. 82 ff

¹⁰ In „Studien“, S. 93 ff; ähnlich, doch knapper auch in „persönliche Beziehungen“ S. 172 ff

¹¹ In „Studien“, S. 93 ff; ähnlich, dort knapper auch in „persönliche Beziehung“ S. 172 ff

¹² Studien S. 93

¹³ Vgl. a. a. O. S. 94—96

¹⁴ Studien S. 98

¹⁵ Vgl. S. 96 f

¹⁶ Studien S. 98

¹⁷ Studien S. 100: Von der „Unentbehrlichkeit“ aller Tatbeiträge dürfe nicht auf deren Gleichwertigkeit geschlossen werden; — auch dieser Fehlschluß scheint unausrottbar zu sein!

¹⁸ Studien S. 106 f; im Folgenden wendet sich Kohler dann gegen die verfehlten Auffassungen von der „Unterbrechung des Kausalzusammenhangs“ u. ä.: „Das Prinzip des Kausalzusammenhangs hat auch auf dem Gebiete des Willenslebens seine Stätte der Wirksamkeit, es bricht hervor in der Macht der Motive“. (S. 107)

¹⁹ Vgl. Studien S. 108

²⁰ Studien S. 109

„Der Wille (scl. des Täters) kann den Anstoß von sich ablehnen . . . folgt er aber der Erregung, unterläßt er es, die Kausalkette zu durchbrechen, . . . dann ist schon nach dem Prinzip der individuellen Verantwortung die Haftung des Anstifters gegeben, (scl. da) er durch den Angestifteten als willensbegabtes Handlungsmittel die Tat vollbracht hat. Der Anstifter haftet jetzt nicht für die fremde Tat, er nimmt nicht an der Verantwortlichkeit des fremden Täters teil. — Sondern er hat seine eigene Verantwortung für seine eigene Tat, welche er durch das fremde Medium vollzogen hat.

Damit ergibt sich zugleich die konstruktive Möglichkeit, in jeder Beziehung die Bestrafung des Anstifters nach dem Maße seiner eigenen Verantwortung abzumessen. Jetzt wird der Anstifter selbst dem Erfolg gegenübergestellt. Die Haftung des Anstifters ist keine abgeleitete, sie ist eine selbständige . . . und darum abgestuft nicht nach den Verhältnissen, welche für eine fremde, sondern nach den Verhältnissen, welche für die eigene Tat maßgebend sind.“²¹

Insbesondere könne aus dem Gesetz nichts gegenteiliges entnommen werden: § 48 I besage nichts weiter, als daß eben ein Täter vorhanden sein muß, und § 48 II verlange nicht, daß der Anstifter bestraft werden solle „wie der konkrete Täter“, sondern nur: „Er soll bestraft werden **wie einer**, welcher die betreffende Handlung realiter begeht . . . Die Strafe (scl. wird) nicht aus der Schuld des Angestifteten heraus abgeleitet, sondern aus der Handlung, welche auf den Anstifter als den Erreger derselben zurückzuführen ist . . . Daß das Gesetz den richtigen Gedanken enthält, ergibt sich auch aus § 50 . . . Die Höhe der Schuld des Täters ist allein dessen Sache . . . Der Anstifter steht als ein Fremder dem Opfer der Tat (scl. beim Vatemord nach damaligem Rechtszustand z. B.) gegenüber: Er wird als ein Fremder schuldig, verantwortlich, strafbar. Dies ist der Gedanke, von dem alleine der § 50 sein Relief erhält: Ein jeder der bei der Tat Beteiligten steht der Tat als **seiner** Tat gegenüber und **seine** Verantwortung richtet sich nach **seinem** Verhältnis zur Tat“²².

Die Anstiftung unterscheide sich daher ihrem „juristischen Charakter“ nach von der — mittelbaren — Täterschaft nicht²³. Genau wie zwischen Beihilfe und Mittäterschaft bestünden daher auch zwischen Anstiftung und mittelbarer Täterschaft keine prinzipiellen Unterschiede, es handle sich vielmehr nur um „verschiedene Nuancen“, zwischen denen es einen nur „graduellen Übergang“ gebe²⁴.

Was für den objektiven Tatbeitrag gilt, gelte folgerichtig auch für den Vorsatz: Der Anstifterwille unterscheide sich vom Täterwillen — qualitativ — nicht; auch „der Anstifter will die Tat, er will sie nur eben durch das Medium des faktischen Täters.“²⁵

Hat Kohler oben mit dem Prinzip der „individuellen Verantwortung“ nachgewiesen, daß die Teilnahme einen anderen Strafgrund als die Täterschaft nicht haben **darf**, so hat er jetzt belegt, daß es eine derartige Unterscheidung nicht geben **kann**.

Die Strafbarkeit eines Tatbeteiligten sei daher unabhängig davon, ob seine Beteiligung gerade als Beihilfe, Anstiftung, Mittäterschaft oder mittelbare Täterschaft anzusehen sei. Könne er im Falle seiner Täterschaft nicht bestraft werden, so müsse gleiches auch für die anderen Beteiligungsformen gelten.²⁶

Dem könne nicht entgegengehalten werden, daß es Delikte gebe, zu denen gewisse Personen anstiften, die sie aber selbst nicht begehen können. Hier werde oft von der h. M. auf eine zur Notzucht anstiftende Frau und auf den angeblich gleichgelagerten Fall des zu Amtsverbrechen anstiftenden Nichtbeamten verwiesen; diesem Einwand begegnet Kohler, sachlich zum Teil in Übereinstimmung mit Köstlin²⁷, folgendermaßen:

„Handelt es sich um ein von allen zu respektierendes Rechtsinteresse und besteht das Hindernis, welches auf der einen Seite dem Delikt entgegensteht, lediglich in der physischen Qualität oder in der rechtlichen Unfähigkeit zur Vollziehung eines Rechtsaktes, so kann allerdings jemand sich eines anderen bedienen, in welchem diese Untauglichkeit nicht vorhanden ist, und zwar nicht nur als Anstifter, sondern auch als mittelbarer Täter. Kann ein Weib nicht direkt notzüchtigen, so kann sie die Notzucht dadurch begehen, daß sie durch Hilfe eines wahnsinnigen

²¹ Studien S. 110

²² Studien S. 111 f

²³ Studien S. 113, ein Unterschied könne **allenfalls** der „sittlichen Qualität“ nach bestehen. Das sei juristisch jedoch ohne jeden Belang.

²⁴ Studien S. 115; im Folgenden bringt Kohler hierzu noch einige sehr instruktive Beispiele.

²⁵ Studien S. 129, anschließend S. 129, 130 geht Kohler auf das „**sich** zueignen“ bei § 242 ein; seine Ausführungen hierzu decken sich mit den oben (S. 43) wiedergegebenen Überlegungen Piotets; es darf daher insoweit nach dort verwiesen werden.

²⁶ Vgl. Studien S. 129, 130

²⁷ Vgl. oben S. 46

Mannes (scl. handelt" ²⁸). „Ebenso kann der Ehemann nicht selbst Notzucht an seiner Frau begehen, nicht selbst, d. h., nicht in eigener Person, dagegen ... durch das Medium eines anderen ... Und wer nicht selbst zum Schwure zugelassen ist, kann einen Meineid durch einen anderen schwören, — nicht nur dadurch, daß er anstiftet — sondern auch dadurch, daß er ihn in einen Irrtum versetzt, kraft dessen er bona fide einen unrichtigen Eid leistet. Allerdings hat für diesen letzteren Fall § 160 eine besondere Bestimmung gegeben, welche aber unzutreffend ist; sie beruht auf einem theoretischen Irrtum ²⁹ ... Anders ist es, wenn ein Delikt gar nicht gegen ein allgemeines ‚Rechtsgut‘ gerichtet ist, sondern lediglich gegen eine persönliche Beziehung, in welcher der einzelne steht. In diesem Fall kann von einer Haftung des Anstifters keine Rede sein; denn ihm ist die persönliche Beziehung fremd: Er kann sie nicht verletzen, er kann sie auch nicht verletzen durch das Medium eines Dritten: Die Beziehungen sind nicht seine Beziehungen. Dies kommt insbesondere in Betracht bzgl. der Amtsdelikte. Hier ist die Frage präjudiziell ob dieselben gegen ein ‚Rechtsgut‘ gerichtet sind, welches, allerdings nur mit Hilfe eines Beamten, aber **mit** dieser Hilfe auch durch einen Nichtbeamten getroffen werden kann, oder ob bloß gegen eine persönliche Beziehung, in welcher der Beamte zum Staate steht. Würden wir das erstere annehmen, so müßten wir nicht nur den Anstifter der Rechtsbeugung wegen Rechtsbeugung bestrafen; wir müßten auch denjenigen in gleicher Weise bestrafen, welcher den Richter vorsätzlich getäuscht und ihn dadurch wider Willen zu einem ungerechten Urteil geführt hat ... Dies würde offensichtlich dem gesetzlichen Gedanken widersprechen. Daher kann das in unserer Gesetzgebung vertretene strafrechtliche Prinzip nicht das genannte sein. Vielmehr beruhen die Amtsvergehen auf einer Verletzung der subjektiven Amtspflicht, und die Unterscheidung zwischen Amts- und Disziplinarvergehen ist nicht so zu fassen, daß die ersteren gegen ein objektives Rechtsgut, die letzteren gegen die Beamtenpflicht gerichtet wären; sondern die Verletzung der Beamtenpflicht wird zum Amtsvergehen, wenn dieselbe wesentliche Interessen der Menschheit verletzt: So wesentliche, daß die bloße disziplinarische Ahndung nicht als ausreichend erscheint ³⁰; es handelt sich um Pflichtwidrigkeiten, welche nicht nur dazu beitragen, daß der Berufsstand weniger leistet als er leisten sollte, sondern um Pflichtwidrigkeiten, welche eine wesentliche Schädigung der dem Berufsstand überantworteten menschlichen Interessen involvierten; daher werden hierbei immerhin menschliche Interessen betroffen, aber sie werden dadurch betroffen, daß die Amtspflicht verletzt, daß gegen die **Berufsstellung** gesündigt wird ... Daher kann weder von Anstiftung noch von Beihilfe noch von einer indirekten Täterschaft eines Nichtbeamten bei einem Amtsdelikt die Rede sein, da ein Nichtbeamter keine **Berufspflicht** hat, welche er in leichter oder schwerer Weise, mit geringerem oder höherem Erfolg verletzen könnte. Die Beamteneigenschaft ist daher eine persönliche Qualifikation, welche zu dem Beamtendelikt erforderlich ist; sie ist erforderlich, um ein gewöhnliches Delikt zu einem Amtsdelikt zu machen, sie ist auch erforderlich, etwas, was sonst kein Delikt wäre, zum Delikt zu erheben". ³¹

Daß § 50 sich seinem Wortlaut nach auf die strafbegründenden Umstände nicht erstrecke, sei kein stichhaltiger Einwand. Ein derartiges Vorgehen würde nämlich dazu führen, „daß, wenn etwa die Unzuchtsbeförderung, bzgl. welcher weder Eigennutz noch Gewohnheitsmäßigkeit vorliegt, mit einer geringen Polizeistrafe belegt wäre, der (scl. unqualifiziert handelnde) Anstifter zur Kuppelei ... nur nach dem milderen Maße strafbar wäre, da, wenn auch der Täter, so doch nicht **er** eigennützig oder gewohnheitsmäßig gehandelt hat; während er, wenn die einfache Unzuchtsbeförderung straflos ist, als Anstifter mit Gefängnis bis zu 5 Jahren bestraft werden müßte: Denn jetzt wären Eigennutz oder Gewohnheitsmäßigkeit keine verschärfenden Qualifikationen, sondern Voraussetzungen der Strafbarkeit überhaupt, bzgl. welcher § 50 nicht gelten würde. Solches kann unmöglich richtig sein. Der richtige Sinn des § 50 ist es vielmehr, daß allerdings der Anstifter bestraft wird, welcher indirekt, durch Vermittlung einer anderen Person (durch das Medium des Angestifteten) Rechte, Rechtsinstitute oder Rechtsinteressen trifft, welche er zu respektieren hat und welche auch für ihn Gegenstand der Verletzung sein können; und er wird bestraft, auch wenn ihm das betreffende Angriffsobjekt nur durch Vermittlung einer dritten Person zugänglich war: Denn hier handelt es sich um faktische Umstände, welche nur die Erreichbarkeit des betreffenden Objekts in Frage stellen; das sind faktische Umstände des Delikts, welche bei dem Anstifter nicht vorhanden sein brauchen, bzgl. welcher es genügt, wenn

²⁸ Studien S. 131; Genau so sei es, wenn nicht ein Zurechnungsunfähiger als Werkzeug diene, sondern der — mittelbare — Täter sich das Werkzeug durch Gewalt oder Drohung im Sinne des § 52 gefügig mache.

²⁹ Studien S. 131; vgl. auch in „persönliche Beziehungen“ S. 172

³⁰ Vgl. dazu insbesondere Nagler, oben S. 24 ff (Anm. des Verfassers): Kohlers Arbeit selbst datiert von 1890 und kann auf Nagler (1903) naturgemäß nicht verweisen.

³¹ Studien S. 134 f; ähnlich auch in „persönliche Beziehungen“ S. 173, 174

sie bei einem anderen Teilnehmer vorhanden sind, durch dessen Medium das betreffende Recht oder Interesse erreicht wird. Wo dagegen nicht die Erreichbarkeit des ‚Rechtsgutes‘³² durch die persönliche Eigenschaft bedingt ist, sondern wo die maßgebende Beziehung, um deren Verletzung es sich handelt, und deren Verletzung das Delikt involviert, überhaupt nur für die betreffende qualifizierte Person vorhanden ist, oder wo das betreffende Recht oder Interesse für die eine Person in mehr oder minder frappanter und beherzigenswerterweise vorhanden ist, wo bzgl. der einen Person ein stärkeres *noli me tangere* besteht, als bzgl. der anderen — da muß der Satz gelten, daß eine jede Persönlichkeit nur soweit verantwortlich ist, als das betreffende ‚Gut‘ für sie vorhanden oder für sie in mehr oder minder verletzbarer Weise vorhanden ist.³³ ... „Daß in § 50 bloß von **Erhöhungs-** und Verminderungseigenschaften und -Verhältnissen die Rede ist, ist leicht erklärlich, da einerseits gerade diese Eigenschaften besonders hervortreten, andererseits es höchst unrichtig wäre, wollte man die beiden eben scharf unterschiedenen Fälle verwechseln: Den Fall, bei welchem ein ‚Rechtsgut‘ nur für eine Person existiert, mit dem anderen Fall, wo das ‚Rechtsgut‘ für alle existiert, aber nur durch das Medium einer bestimmten qualifizierten Person erreichbar ist. Es wäre unrichtig, anzunehmen, daß ein Eidesunfähiger nicht zu einem falschen Zeugeneid, ein Nichtehegatte nicht zum Ehebruch, ein Nichtverwandter nicht zum Inzest, ein Weib nicht zur Notzucht anstiften könnte. Und eben dieses Mißverständnis sucht das Gesetz zu vermeiden.“³⁴

Der Gedankengang Kohlers scheint mir lediglich in zwei Punkten nicht ganz überzeugend, mindestens aber ergänzungsbedürftig zu sein:

Die persönlichen Beziehungen des Beamten sind dem Extraneus fremd; das ist zweifellos richtig. Gerade aber wenn man mit Kohler, wie auch ich es für richtig halte, den Strafgrund jeder Beteiligung in der **Verursachung** einer Rechtsgutverletzung sieht, kann man aus der „Fremdheit dieser Beziehungen“ nicht folgern, daß der Extraneus sie nicht **verletzt** habe. Daß der extrane Anstifter **verursacht**, daß ein Beamter seine Pflichten verletzt hat, daß, die Handlung des Anstifters weggedacht, es also zu keiner Pflichtverletzung gekommen wäre, liegt auf der Hand. Daß es sich aber in Wirklichkeit um kein Problem der **Kausalität** handelt, läßt auch Kohler erkennen, wenn er davon spricht, daß die Dienstpflichten des Beamten kein Rechtsgut „für“ einen Außenstehenden seien. Damit scheint mir auch Kohler zuzugeben, daß der Extrane die Verletzung eines Rechtsgutes zwar **mitverursacht** hat, daß diese Mitverursachung aber deshalb für den Extraneus belanglos sei, weil es sich um kein „für ihn gültiges Rechtsgut“ handelte. Es liegt auf der Hand, daß Kohler damit in der Terminologie und mit den systematischen Begriffen seiner Zeit (1890!) nichts anderes hat ausdrücken wollen, als daß die Mitverursachung³⁵ — um die man nicht herumkommen kann — eines derartigen Erfolges einem Außenstehenden nicht **verboden** sei: Die den Amtsdelikten zugrunde liegenden Normen wenden sich nur an Beamte, nicht aber an Außenstehende.

In dieser Weise wird man wohl den etwas unklaren Ausdruck, ein bestimmtes Rechtsgut sei ein „Rechtsgut nur für bestimmte Rechtsunterworfenen“, verstehen können. Die **so** formulierte Einschränkung ist ungenau. Wenn das Gesetz gewisse Güter, sei es auch nur gegen bestimmte Angriffsmittel³⁶ oder auch nur gegen einen eingeschränkten Kreis von Angreifern, schützt, dann handelt es sich dennoch um ein Rechtsgut schlechthin³⁷. Über den Begriff des Rechtsguts selbst kann man daher genauso wenig wie über die Verursachung zu einer klaren Erfassung des Kohlerschen Gedankens kommen. Dies ist vielmehr nur dadurch möglich, daß man zur Grundlage des Rechtswidrigkeitsurteils nicht die bloße Bewertung des **Erfolgs** nimmt, sondern zusätzlich eine gerade **diesen** Tatbeteiligten treffende Norm erfordert, also nach dem **Adressaten** des Verbotes fragt. Nur wenn man den Kohlerschen Begriff des lediglich für einen beschränkten Kreis „existierenden“ Rechtsguts in diesem Sinne interpretiert, wird man zu klaren Ergebnissen kommen können. Mit dieser Einschränkung also kann man den Gedanken Kohlers in diesem Punkt zustimmen³⁸.

Ein weiteres ist zu bemerken und zwar dazu, wie Kohler die aus dem Wortlaut des § 50 sich ergebenden Schwierigkeiten beiseite räumt. Daß die strafbegründenden persönlichen Umstände

³² Offensichtlich versteht Kohler hier unter ‚Rechtsgut‘ das Tatobjekt

³³ Studien, S. 137 unten, S. 138

³⁴ Studien, S. 139

³⁵ Vgl. oben S. 44 ff

³⁶ So etwa bei den Vermögensdelikten

³⁷ Sonst dürfte man nämlich nur bei den Tötungsdelikten (und ähnlich gefaßten Bestimmungen) von einem „Rechtsgut“ sprechen, da dort **jeder** Angriff, **jede** Verursachung verboten ist; sobald aber der Tatbestand **mehr** als die bloße Verursachung der Verletzung des Rechtsgutes verlangt, gäbe es — in diesem Sinne — kein echtes „Rechtsgut“ mehr.

³⁸ Vgl. dazu auch unten § 13 zu Anm. 32

deshalb nicht erwähnt worden seien, weil das Gesetz die irrige Annahme, es wolle die Teilnahme am Inzest nicht bestrafen, „zu vermeiden sucht“, hätte wenigstens begründet werden müssen. Denn andererseits hat sich auf diese Unterlassung gerade der entgegengesetzte Irrtum, das Gesetz wolle die Teilnahme am echten Amtsdelikt bestrafen, gestützt, und zwar, wie die Darstellung der herrschenden Meinung gezeigt hat, mit durchschlagendem Erfolg! Ob die Annahme Kohlers im **Ergebnis** richtig ist, wird sich unten³⁹ noch zeigen. Doch ähnlich wie bei dem Abstellen auf die Kausalität bei der Frage nach der Verantwortung eines Außenstehenden, stützt Kohler auch hier die Auslegung des § 50 nicht **allein** auf diese — mehr oder weniger unterstellte — Erwägung des Gesetzgebers. Daß strafbegründende Umstände nicht anders behandelt werden dürfen als strafehörende, begründet er vor allem mit dem sinnwidrigen Ergebnis, zu dem eine andere Auslegung führen würde⁴⁰; insoweit ist ihm, wie im Verlauf der Arbeit schon mehrfach erkennbar wurde⁴¹, ohne weiteres zuzustimmen.

Die hier an Kohler geübte Kritik beschränkt sich daher lediglich auf seine **Begründung** in den beiden genannten Punkten. Da diese Begründung im ersten Fall ohne weiters zu ergänzen⁴², im zweiten Fall aber, wie gezeigt, für das Ergebnis nicht wesentlich war, ist der Lehre Kohlers im **Ergebnis** zuzustimmen:

Weder die Form der Beteiligung (mittelbare Täterschaft, Mittäterschaft, Teilnahme im engeren Sinne), noch der Umstand, ob es sich bei dem jeweiligen Tatbestand gerade um strafbegründende oder strafändernde Merkmale handelt, hat einen Einfluß auf die Frage, ob einem Beteiligten „persönliche Verhältnisse“ eines anderen Beteiligten zugerechnet werden dürfen. Dies ist allein danach zu beurteilen, ob durch diese persönlichen Verhältnisse des anderen die „eigene Verantwortlichkeit“ berührt wird. Diese Verantwortlichkeit wird dann berührt, wenn die persönlichen Verhältnisse des anderen lediglich die „Erreichbarkeit des Tatobjekts“ bedingen, nicht aber dann, wenn sich aus den genannten Verhältnissen erst die Rechtswidrigkeit oder die Schuldhaftigkeit des Handelns ergibt: Daraus, daß der Beteiligte A rechtswidrig und schuldhaft handelt, kann für die Rechtswidrigkeit und Schuld der Handlung des B nichts entnommen werden. Kohler gebraucht zwar, seiner pragmatischen Methode und der damaligen Systematik gemäß, diese allgemeine Formulierung, was die Rechtswidrigkeit betrifft, nicht. Wir haben aber gesehen, daß die These Kohlers, gewisse Rechtsgüter seien „Rechtsgüter nur für einen bestimmten Kreis von Personen“⁴³, nur in diesem Sinne verstanden werden kann.

Neben Köstlin und Kohler hat mit ausführlicher Begründung lediglich noch Schwarze⁴⁴ eine Auffassung vertreten, die mit der soeben zusammenfassend wiedergegebenen Lehre dieser beiden Autoren im wesentlichen übereinstimmt. Die Stellungnahme Schwarzes ist vor allem deswegen sehr bedeutsam, weil er sowohl der vom Bundesrat eingesetzten Kommission⁴⁵, die den von Friedberg am 31. Juli 1869 vorgelegten ersten Entwurf eines Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund zwecks Vorlage beim Bundeskanzler und dem Reichstag überarbeitete, wie auch dem später vom Reichstag gewählten Ausschuß zur Vorbereitung des Strafgesetzbuches angehörte⁴⁶.

Man sollte daher meinen, daß der Stellungnahme Schwarzens, als eines am Gesetzgebungsakte unmittelbar Beteiligten, der genau wie Köstlin und Kohler also die Straflosigkeit der Teilnahme am echten Beamtendelikt vertrat, ein besonderes Gewicht beigegeben wäre und daher insbesondere die Praxis nicht so ohne weiteres, wie sie es in Wirklichkeit getan hat⁴⁷, von der Strafbarkeit einer derartigen Teilnahme hätte ausgehen können. Wie aber sofort gezeigt werden wird, hat die **Form**, in der Schwarze seine Meinung kundgegeben hat, die Entstehung der bislang dargestellten Fehlentwicklung höchstwahrscheinlich noch gefördert.

Schwarze hat nämlich seinen Kommentar so aufgebaut, daß er zunächst in einer lehrbuchartig gefaßten „Einleitung“⁴⁸ allgemeine Fragen als „Exkurse“ erörtert, bevor er mit der eigentlichen Erläuterung der einzelnen Paragraphen beginnt. „Die ‚Exkurse‘ habe ich vereinigt an die

³⁹ Vgl. §§ 12 ff.; ein weiteres Eingehen auf die genannte Frage ist an dieser Stelle der Arbeit, bei der **kritischen** Betrachtung der Literatur, nicht nötig.

⁴⁰ Vgl. oben S. 49.

⁴¹ Vgl. oben S. 3, 7 ff, 40 ff, insbesondere S. 41.

⁴² Vgl. oben S. 44 ff.

⁴³ Das gleiche gilt für die Formulierung Köstlins: „Relative Rechtsverletzung“; vgl. oben S. 46.

⁴⁴ In seinem Kommentar zum StGB, 3. Aufl., 1873; als sonstiger Anhänger dieser Richtung ist lediglich Bähr zu nennen; vgl. unten S. 55. Finger dagegen kann nicht angeführt werden, wie es aber manchmal geschieht; vgl. auch dazu unten S. 55.

⁴⁵ Als stellvertretender Vorsitzender; vgl. Schwarze S. 1.

⁴⁶ Hier als Vorsitzender; vgl. a. a. O. S. 2; darüber hinaus oblag ihm, zusammen mit Friedberg, auch die Ausarbeitung der Motive zum Entwurf Dezember 1869, vgl. Schwarze S. 2.

⁴⁷ Vgl. oben §§ 2 und 3.

⁴⁸ Die sich allerdings über 190 Seiten erstreckt!

Spitze gestellt, um nicht durch sie, wie früher, die Reihenfolge der Paragraphen des Gesetzbuches und die zu ihnen gehörigen Erläuterungen zu unterbrechen und dadurch die Handhabung des Buches zu erschweren.“⁴⁹

Unglücklicherweise werden nun die hier einschlägigen Fragen in einem „Exkurs“ erörtert, auf den bei der Erläuterung des § 50 nicht verwiesen wird.

Im einzelnen ergibt sich folgendes Bild: Bei § 50, also im eigentlichen Kommentar, heißt es lediglich: „Vgl. den Exkurs Seite 180 ff.“^{50 51}

Auf Seite 180 wird dann zunächst aus den Motiven zu § 50 zitiert⁵², dann ausgeführt, daß sich daraus klar ergebe, daß die Verweisungen der §§ 48 II und 49 II nur die Abmessung der Teilnahmestrafe „innerhalb des Strafmaßes“⁵³ zum Gegenstand hätten. Schwarze meint damit, was sich aber mit Klarheit nur aus seinen Ausführungen an anderer Stelle⁵⁴ ergibt, daß man aus den genannten Bestimmungen für die Frage, ob die Teilnahmehandlung überhaupt relevant, also strafbar sei, nichts entnehmen könne. Aus dieser Stelle selbst kann es, jedenfalls mit Sicherheit, nicht entnommen werden.

Nachdem Schwarze dann einige Beispiele zu bloßen Strafänderungsgründen⁵⁵ gebracht hat, fährt er fort: „Es ist festzuhalten, daß § 50 nur von solchen Handlungen spricht, welche jedenfalls und bei jedem Teilnehmer strafbar sind; nur die Strafbarkeit selbst ist eine verschiedene je nach den persönlichen Verhältnissen und Eigenschaften des einzelnen Teilnehmers. Das Gesetz sagt: „Das Gesetz — die Strafbarkeit einer Handlung — erhöht oder vermindert —“, sonach nur die im Gesetz anerkannten Gründe der Erhöhung oder Verminderung der Strafbarkeit“⁵⁶.

Es schließen sich dann lediglich einige Darlegungen an, was unter „Verhältnis und Eigenschaft“ zu verstehen sei sowie die Bemerkung, daß § 50 selbstverständlich auch für die „Verantwortlichkeit der Mittäter“ gelte.

Es muß zugegeben werden, daß gerade als Folge der Betonung, die Schwarze auf den strafändernden Charakter der in § 50 genannten Merkmale legt, für einen unbefangenen Betrachter nichts näher liegt, als auch diese Stelle als Beleg für die Richtigkeit der herrschenden Meinung zu betrachten. In gleicher Weise bestand für die sich damals gerade bildende herrschende Meinung kein Anlaß, diese Bemerkungen Schwarzes als Kundgabe einer abweichenden Auffassung zu verstehen und sich daher mit ihrer Widerlegung zu beschäftigen. Auch die einleitende Bemerkung, daß § 50 nur solche Teilnahmehandlungen erfasse, „welche jedenfalls strafbar sind“, läßt sich in dieser Weise auslegen. Daß Schwarze aber damit den der herrschenden Meinung gerade entgegengesetzten Gedanken ausdrücken wollte, weder aus dem § 48 II, § 49 II, noch aus § 50 könne für die Frage, ob eine Teilnahmehandlung überhaupt strafbar sei, etwas entnommen werden, bleibt hier mindestens sehr unklar. Daß dies aber in Wahrheit der Gedankengang Schwarzes war, soll sogleich nachgewiesen werden. Für einen unbefangenen Leser jedoch, oder, was für die damalige Zeit wahrscheinlicher war, für einen Juristen, der dem Gedanken der „Schuldteilnahme“ oder der „akzessorischen Natur“ aller Teilnahmehandlungen mehr oder weniger bewußt anhing, lag nichts näher, als die Erläuterungen, auf die Schwarze bei seiner Kommentierung des § 50 direkt verwiesen hat, als eine Bestätigung der eigenen Ansicht aufzufassen. Daher erklärt sich auch, daß es weder in der Praxis noch in der Literatur zu einer eingehenden Auseinandersetzung mit der wahren Meinung Schwarzes, die sogleich dargestellt werden soll, kam.

An anderer, versteckter Stelle seiner „Exkurse“ führt Schwarze nämlich folgendes aus:

An sich könnte die Anstiftung bei allen vorsätzlichen Delikten vorkommen; dies gelte jedoch nicht immer: „Eine Ausnahme zeigt sich zunächst bei den Amtsverbrechen; sie sind *delicta propria*, welche lediglich in diesem besonderen Verhältnisse ihre Begründung finden. Sie sind nur in und mit ihm möglich und sie beschränken sich auf dasselbe. Das Gesetzbuch hat dies durch

⁴⁹ Vorrede S. IV.

⁵⁰ a. a. O. S. 236.

⁵¹ Wegen der Gewerbsmäßigkeit und des Rückfalls verweist Schwarze dann noch gesondert auf S. 177; vgl. dazu auch unten S. 81 ff.; ein Benutzer, der sich bei Schwarze wegen der Teilnahme am Amtsdelikt belehren wollte, hatte jedenfalls keinen Anlaß, auch an dieser Stelle nachzuschlagen; gerade hier aber hätte sich die abweichende Stellungnahme Schwarzes ergeben!

⁵² Vgl. unten S. 63 ff.

⁵³ Auch im Original gesperrt gedruckt.

⁵⁴ Vgl. unten S. 52 f.

⁵⁵ Er geht dabei übrigens ohne weiteres davon aus, daß das Verhältnis von § 211 und 212, jedenfalls in vielen Fällen, dem § 50 unterfalle, die künstlichen Erörterungen neueren Datums zum „Charakter“ des § 211 als „*delictum sui generis*“ usw. nehmen sich, von hier aus betrachtet, umso merkwürdiger aus; vgl. dazu eingehend Class, „Verhältnis“ und Class a. a. O.

⁵⁶ a. a. O., S. 180 f.

die allgemeine Vorschrift in § 333 und die speziellen Vorschriften in §§ 334, 357 anerkannt, indem es hier besondere Strafen androhte, da außerdem Straflosigkeit eintreten würde. Vgl. noch §§ 354, 355. ... Anderer Meinung ist das Obertribunal Berlin, welches jedoch die vorstehend zitierten Paragraphen nicht berücksichtigt; die Bezugnahme auf die Verbrechen des Inzests etc. in dem Erkenntnis, widerlegt sich durch das, was oben im folgenden über diese Delikte ausgeführt worden.⁵⁷ ... Eine weitere Ausnahme macht die Verletzung der Pflicht zum Wehrdienst; auch sie ist ein delictum proprium. Das Gesetzbuch hat hier die Anstiftung mit besonderer Strafe bedroht; §§ 142, 143.⁵⁸

„Enthält das Beamtenvergehen zugleich ein gemeines Vergehen, so wird die Anstiftung etc. immer noch als strafbar sich herauslösen. So kann es z. B. wohl eine Anstiftung etc. zur Ausstellung eines unwahren ärztlichen Zeugnisses geben, wengleich der Anstifter nur als Privatmann, der Angestiftete aber Arzt ist (§ 278), so eine Anstiftung zur Körperverletzung durch einen Beamten (§ 340), woselbst die Anstiftung zur Körperverletzung als zu einem gemeinen Verbrechen in Betracht kommt. Die oft verteidigte Ansicht, daß wie bei den Amtsverbrechen, so auch bei denjenigen Verbrechen eine Anstiftung unmöglich sei, deren Tatbestand ein bestimmtes persönliches Verhältnis des Täters voraussetzt (Ehebruch, Inzest usw.), widerlegt sich dadurch, daß bei diesen Verbrechen die Verletzung des betreffenden Verhältnisses nicht der allein maßgebende Gesichtspunkt ist, sie vielmehr zugleich einen Angriff auf die allgemeine Rechtsordnung enthalten, — wie dies ganz entschieden bei dem Ehebruch, dem Inzeste etc. anzunehmen ist. Es haben diese Verhältnisse eine objektive Bedeutung⁵⁹ für den Tatbestand des Verbrechens“⁶⁰.

Ähnliches führt Schwarze dann folgerichtig auch zur Beihilfe aus:

„Beihilfe zu einem Amtsverbrechen ist nicht anzunehmen; vgl. noch oben Seite 162. Eine besondere Bestätigung dieser Ansicht enthalten §§ 354, 355. Hier wird der Beamte bestraft, welcher dem anderen bei einer Handlung, welche, wenn sie der Beamte begangen hätte, Amtsverbrechen wäre, „wissentlich Hilfe leistet“. Der Extraneus, welcher dem Beamten Hilfe leistet, ist dagegen straflos.“⁶¹

Dagegen sind die Erörterungen, die Schwarze im Anschluß daran unter der Überschrift:

„Das auf den Teilnehmer anzuwendende Gesetz“⁶², anstellt, für sich allein betrachtet, wieder nicht sehr klar: Man müsse hier zwischen zwei Kategorien unterscheiden, nämlich „1. Das Verbrechen ist ein solches, welches lediglich von seinem Täter vermöge seiner persönlichen Verhältnisse begangen werden konnte;

2. Das Verbrechen ist ein solches, welches zwar bei jedem Teilnehmer als eine strafbare Handlung sich darstellt, jedoch, je nach den persönlichen Verhältnissen des Teilnehmers, einen schwereren oder minder schweren Charakter annimmt;

zu den Verbrechen der ersteren Kategorie gehören die Beamtenverbrechen, — nicht auch die Vergehen, welche ein persönliches Verhältnis des Täters als Moment des Tatbestandes voraussetzen, z. B. Ehebruch, Inzest, Bigamie. Der Ehebruch etc. kann allerdings nur von einem Ehegatten etc. begangen werden; allein der Ehebruch hat die Ehe nur als Moment des Tatbestandes gesetzt, keineswegs schließt er mit diesem Momente ab... Es kann eine Frau Anstifterin, Gehilfin zu einer Notzucht, ja selbst Mittäterin an derselben sein, ebenso wie jemand Mittäter an einem Morde ist, auch ohne an einer Haupthandlung selbst unmittelbar beteiligt zu sein; — es kann ein Stummer Gehilfe und Mittäter an einem, durch Reden zu begehenden Verbrechen sein.

Zu den Delikten der zweiten Kategorie gehören die Fälle der Kindestötung etc. ... Das Gesetzbuch behandelt die Fälle der zweiten Kategorie in § 50; — auf die Fälle der ersten Kategorie leiden die Schlußbestimmungen in §§ 48, 49 Anwendung; es ist weiter zum Verständnis dieser Vorschriften noch darauf hinzuweisen, daß das Gesetzbuch die Spezialvorschrift in § 331 des Preussischen Gesetzbuches („nehmen Personen, welche keine Beamten sind, an einem der in diesem Titel bezeichneten Vergehen oder Verbrechen teil, so sollen, soweit keine Ausnahmen bestimmt sind, die allgemeinen Grundsätze über Teilnahme gelten“) beseitigt hat.“⁶³ Daß für „Fälle der ersten Kategorie die Schlußbestimmungen der §§ 48, 49 Anwendung leiden sollen“, kann, für sich betrachtet, das Mißverständnis befördern, daß bei einem echten Amtsdelikt

⁵⁷ Vgl. zu diesem Urteil schon meine Ausführungen oben S. 15 bis 17

⁵⁸ a. a. O. S. 162.

⁵⁹ Ähnlich auch auf S. 177; Gewerbmäßigkeit und Rückfall gehörten dagegen nicht zu diesen Umständen mit „objektiver“ Bedeutung; sie seien daher nicht übertragbar; offensichtlich will Schwarze das auch in den Fällen gelten lassen, in denen sie die Strafe begründen!

⁶⁰ a. a. O. S. 162 f.

⁶¹ a. a. O. S. 171.

⁶² Vgl. S. 172.

⁶³ a. a. O. S. 172 f

eben dessen Strafraumen **auch** auf den Extraneus angewendet werden solle. Betrachtet man jedoch die vorangegangene, ausdrückliche Stellungnahme zur Teilnahme am echten Amtsdelikt, sowie den anschließenden Hinweis auf den Wegfall der Regel des § 331 des Preußischen StGB, dann kann auch diese Stelle nur so verstanden werden, daß die §§ 48 II und 49 II in diesen Fällen lediglich dann angewendet werden können, **wenn** eben auch die **Teilnehmer Beamte** sind⁶⁴.

Es kann jedenfalls kein Zweifel sein, daß Schwarze — trotz der unklaren Ausdrucksweise an den zuerst und zuletzt genannten Stellen — eindeutig als Anhänger der von Köstlin und Kohler vertretenen Meinung angesehen werden muß. Denn die genannten Stellen sind nur dann, wenn man sie isoliert betrachtet, unklar und widerspruchsvoll. Interpretiert man sie jedoch von dem an anderem Orte⁶⁵ klar ausgesprochenen Ergebnis her, dann erhalten sie einen eindeutigen, in sich geschlossenen Sinn. Die mißverständliche Ausdrucksweise Schwarzes beruht dann darauf, daß es für ihn geradezu selbstverständlich war, daß die Teilnahme eines Extraneus am echten Amtsdelikt straflos sein muß und daß er daher nicht im entferntesten daran gedacht hat, daß man seine Worte an den genannten Stellen in einem anderen Sinn verstehen könne. Denn sonst wäre es kaum verständlich, daß insbesondere die Praxis über die Stellungnahme eines Mannes, der von Anfang an bei der Abfassung des Strafgesetzbuches an führender Stelle beteiligt war, der sich darüber hinaus zur Begründung seiner Ansicht nicht nur auf den — wenn einem der Beteiligten dann **ihm** bekannten — Willen des historischen Gesetzgebers berufen konnte, sondern seine Ergebnisse auch mit systematischen Überlegungen (Hinweise auf die §§ 333, 334, 354, 355, 357 StGB und die Nichtübernahme des § 331 des Preußischen StGB) begründete, der zudem auf den grundlegenden Unterschied zwischen einem Beamtendelikt und dem Ehebruch z. B. hinweis und eine parallele Behandlung beider Fälle daher ausschloß —, es wäre wirklich kaum verständlich, daß sich die Rechtsprechung der obersten deutschen Gerichte über eine derartige Stimme so ohne weiteres hinweggesetzt hätte. Es ist oben, bei der Darstellung der Rechtsprechung⁶⁶, gezeigt worden, daß die einschlägige Rechtsprechung nicht auf **Begründungen**, sondern auf **Behauptungen** beruhte. Zu einer Auseinandersetzung mit dem Ergebnis, geschweige denn mit den Argumenten Schwarzes ist es, soweit ersichtlich, nicht gekommen. Das gleiche gilt auch für die Literatur⁶⁷.

Zur kritischen Betrachtung der Lehre Schwarzes selbst gilt das oben zu Köstlin und Kohler Angeführte entsprechend. Was Köstlin unter dem Begriff der „relativen Rechtsverletzung“, Kohler unter dem „Rechtsgut nur für einen bestimmten Kreis von Tatern“ verstehen, das begreift Schwarze unter den „delicta propria, welche lediglich in diesem besonderen Verhältnis ihre Begründung finden“. Den Gegensatz dazu bilden die „jeden verpflichtenden Rechtsinstitute“ (Köstlin), bei denen es sich lediglich um „die Erreichbarkeit des Tatobjekts“ (Kohler), um einen „Angriff auf die allgemeine Rechtsordnung“ (Schwarze) handelt, und bei denen daher die persönlichen Verhältnisse eine „objektive Bedeutung für den Tatbestand des Verbrechens“ (Schwarze) haben. Alle drei Autoren verstehen unter den jeweils benutzten Begriffen das gleiche und leiten daraus auch die gleichen Folgerungen für die Übertragbarkeit bez. Nichtübertragbarkeit persönlicher Umstände ab⁶⁸.

Auf die von Schwarze angeführten zusätzlichen Argumente — Hinweis auf die §§ 333, 334, 354, 355, 357 StGB und die Nichtübernahme des § 331 Pr.StGB⁶⁹ — soll hier nicht näher eingegangen werden, da sie bei der Begründung der eigenen Meinung noch ausführlich traktiert werden.

Köstlin, Schwarze und Kohler sind, soweit ersichtlich, die einzigen, die die Straflosigkeit der Teilnahme am echten Beamtendelikt mit ausführlicher Begründung fordern. Als weiterer An-

⁶⁴ Eine andere Erklärung wäre die, daß Schwarze hier unter den „Fällen der 1. Kategorie“ gerade die versteht, die er oben davon scharf unterscheiden wissen wollte, nämlich Ehebruch usw.; Schwarze würde dann haben ausdrücken wollen: „die Fälle, die ich oben bei der ersten Kategorie behandelt und von ihr abgegrenzt habe!“

⁶⁵ Insbesondere S. 162 f, 171; vgl. oben S. 52–54

⁶⁶ Vgl. oben §§ 2 und 3

⁶⁷ Lediglich in den zeitgenössischen Kommentaren von Rubo und Rüdorff wird Schwarzes Ansicht wenigstens erwähnt, doch im gleichen Atemzug mit der Bemerkung abgetan, „diese Ansicht entbehrt jeder Begründung und kann gewiß nicht auf § 50 gestützt werden“. (Rüdorff § 50 Anm. 6); Rubo fügt wenigstens noch hinzu, der Hinweis Schwarzes auf die §§ 333, 334 überzeuge nicht, da diese Bestimmungen **auch** den Versuch umfaßten (!) während das aus §§ 354, 355 gewonnene Argument deshalb entliefe, weil die Hilfeleistung des Beamten zu einem „selbständigen Delikt gestaltet“ worden sei! (Rubo S. 464, 465). Den Wegfall des § 331 Pr.StGB erwähnt aber auch Rubo nicht; ein näheres Eingehen auf diese „Kritik“ erübrigt sich wohl.

⁶⁸ Wegen der auch der Terminologie Schwarzes anhaftende Unklarheit vgl. schon die Ausführungen bei Kohler, oben S. 47 bis 51

⁶⁹ Vgl. oben S. 53

hänger ihrer Lehre kann allenfalls Bähr⁷⁰ bezeichnet werden. Dagegen beruht der Umstand, daß auch Finger manchmal zu dieser Gruppe gezählt wird⁷¹, auf einem offensichtlichen Versehen⁷².

⁷⁰ a. a. O. S. 32 Anm. 100; Bähr spricht hier jedoch ganz allgemein davon, daß ein Nichtbeamter nie aus dem Strafraum eines Beamtendelikts bestraft werden könne; es ist nicht ganz klar, ob er damit nicht vielleicht nur als Anhänger der oben, S. 78 (Mezger u. a.) beschriebenen Mittelmeinung anzusehen ist; vgl. auch noch a. a. O. S. 47 und 54 f.

⁷¹ z. B. von M. E. Mayer, a. a. O., S. 412 Anm. 16).

⁷² Finger, a. a. O. S. 364 sagt nämlich: „§ 50 . . . bezieht sich nur auf Tatumstände, „welche die Strafbarkeit erhöhen oder vermindern, nicht auf Umstände, welche sie erst begründen . . . und auch nicht auf Umstände, welche die Strafbarkeit . . . ausschließen. Danach wird also der Gehilfe eines von einem Ehegatten am anderen unternommenen Diebstahls strafbar bleiben . . . und der Nichtbeamte, der einen Beamten zu einem eigentlichen Amtsverbrechen verleitet, straflos sein (vgl. hinsichtlich der Beamtenqualität RG 6 S. 414, 28, S. 100); Diese Stelle, die (1904) von der alten Fassung des § 50 ausging, als die straffausschließenden Umstände noch nicht dem Wortlaut nach erfaßt waren (insoweit a. A. aber das Reichsgericht, vgl. oben S. 14 ff) ist ganz offensichtlich nur dann verständlich, wenn man die beiden Worte straflos und strafbar vertauscht, also die Teilnahme am Ehegattendiebstahl als straflos und die am Beamtendelikt als strafbar ansieht: denn wenn ein straffausschließender Umstand dem § 50 nicht unterfallen, also übertragbar sein soll, dann ist auch die Teilnahme straflos; genau umgekehrt aber bei dem strafbegründenden Merkmal. Dem Wortlaut nach wäre das Zitat sonst völlig unverständlich! Zudem weist Finger ja auf die ständige Rspr. des RG hin, und zwar offensichtlich als Bestätigung, nicht als Fundort einer entgegengesetzten Auffassung.

ZWEITER HAUPTTEIL

DIE BEGRÜNDUNG DER EIGENEN MEINUNG

A. Der Ausgangspunkt

Bei der kritischen Betrachtung von Rechtsprechung und Literatur hat sich gezeigt, daß die Gründe, die die herrschende Meinung für die Strafbarkeit eines an einem echten Sonderdelikt teilnehmenden Extraneus anführt, nicht überzeugen können¹. Der einzige **sachliche** Grund, den aber nur eine geringe Anzahl von Autoren² **offen** anführen, ist die Lehre von der Schuldteilnahme. Die Rechtsprechung³ und die Mehrzahl der Vertreter der h. M. in der Literatur⁴ berufen sich auf diese Strafrundtheorie nicht, sie lehnen sie im Gegenteil expressis verbis ab, und zwar zugunsten der — richtigen — Verursachungstheorie⁵. Gleichwohl könnte allein die Schuldteilnahmelehre das Ergebnis, zu dem die h. M. kommt, rechtfertigen. Denn es ist — logisch — richtig, daß auch ein Außenstehender, der selbst nicht Täter eines Sonderdelikts sein kann⁶, einen Intraneus zur Begehung des Sonderdelikts veranlassen, ihn also „in Schuld und Strafe verstricken“ kann⁷. Beim **echten** Sonderdelikt könnte man also mit der Schuldteilnahmelehre ohne logischen Widerspruch die Straflosigkeit im Falle mittelbarer Täterschaft und die Strafbarkeit der Teilnahme (im engeren Sinne) erklären⁸. Dagegen wäre es unerklärlich, warum beim **unechten** Sonderdelikt die erhöhte Schuld und Strafe des angestifteten Intraneus den Extranen wieder **nicht** belasten soll. Mit der Annahme der Schuldteilnahmelehre würde man zwar **einen** Widerspruch aufheben, einen anderen aber einführen. Es hieße den Teufel mit Beelzebub austreiben, wenn man innerhalb der Teilnahmelehre zwei einander ausschließende Strafrundlehren zugleich vertreten wollte.

Abgesehen davon ist die Schuldteilnahmelehre sachlich nicht haltbar. Die Gründe für ihre Unrichtigkeit brauchen an dieser Stelle nicht nochmals angeführt zu werden. Es genügt, auf die oben in aller Ausführlichkeit zitierten Stellungnahmen von Hippels⁹ und Kohlers¹⁰ zu verweisen. Eine nochmalige Darstellung ist auch um deswillen überflüssig, weil sich die h. M. selbst, wie soeben ausgeführt, auf diese Strafrundlehre nicht beruft¹¹. Gerade in diesem Umstand liegt aber andererseits die besondere Schwierigkeit, die mit einer Kritik der h. M. verbunden ist; sie schützt vor¹², angeblich zwingenden konstruktiven Erwägungen folgen zu müssen: der teilnehmende Extraneus sei strafbar, weil die Zugehörigkeit zu einem beschränkten Täterkreis als **strafbegründendes** Merkmal anzusehen, von § 50 II daher nicht erfaßt und deshalb auch auf die Teilnehmer zu „übertragen“ sei¹³.

Im Folgenden soll daher versucht werden, die h. M. mit ihren eigenen Waffen und auf dem von ihr selbst gewählten Kampfplatz, nämlich bei der Auslegung des § 50 II, zu schlagen. Es wird nachgewiesen werden, daß die Regelung des § 50 II auch die **strafbegründenden** persönlichen Merkmale erfaßt, und daß daher die Teilnahme eines Extraneus an echten Sonderdelikten nicht strafbar ist. Gleichzeitig wird sich zeigen, daß die übliche Definition des „Sonderdelikts“¹⁴ zu ungenau ist und daß gerade darauf die verfehlt Behandlung der „wirklichen“ Sonderdelikte beruhte.

¹ Vgl. oben § 2 bis § 7

² Vgl. oben S. 23 ff

³ Oben § 2 und § 3

⁴ Vgl. oben § 4 bis § 7

⁵ Vgl. dazu die Ausführungen des RG, oben S. 14 wiedergegeben.

⁶ Weil er nicht „zu dem Kreis von Personen gehört denen durch die Vorschriften Pflichten auferlegt sind“, so RGSt 63 S. 315 ff, vgl. oben S. 13

⁷ Vgl. oben S. 14; es würde zu weit führen, hier zu erörtern, wie man sich bei der **Beihilfe** ein „in Schuld und Strafe stürzen“ (des Täters) vorstellen soll.

⁸ Wegen der zusätzlichen Schwierigkeiten bei der Beihilfe vgl. schon die letzte Anmerkung.

⁹ Oben S. 21; von Hippel wendet sich zwar in erster Linie gegen den „Mißgedanken der Akzessorietät“. Die angebliche „akzessorische Natur der Teilnahme“ ist aber nichts anderes als eine **Folge** des Schuldteilnahmegeankens; vgl. dazu oben S. 21 ff, insbesondere die Darstellung und Kritik der Lehre Birkmeyers.

¹⁰ Vgl. oben S. 47 bis 51

¹¹ Abgesehen von geringen Ausnahmen, vgl. oben § 11 zu Anm. 2

¹² Dies ist objektiv zu verstehen. Wieweit es sich um bewußte — oder geahnte — Verschleierungstechnik handelt, entzieht sich der Beurteilung.

¹³ Nicht zuletzt wird die h. M. ihren psychologischen Grund darin haben, daß man einem „echten Strafbedürfnis“ abhelfen will. Daß ein angebliches „Strafbedürfnis“ kein Argument der **Gesetzesauslegung** ist, sollte wenigstens nach den Erfahrungen, die man in den Jahren nach 1933 mit diesem manipulierbaren Begriff machen konnte, nicht mehr zweifelhaft sein. Das Strafbedürfnis ist nicht Beweisgrund, sondern Beweisthema: Eine Handlung „bedarf“ der Bestrafung, **wenn** die gesetzlichen Voraussetzungen dafür vorliegen — und nicht umgekehrt: Eine Handlung ist ein strafbares Delikt, wenn sie der Strafe „bedarf“.

¹⁴ Vgl. etwa oben S. 1

Der Aufbau des jetzt folgenden Teils der Untersuchung ergibt sich als Konsequenz aus dem kritischen Teil dieser Arbeit: Der größte Teil aller Autoren ging bei der Auslegung des § 50 von einer als grundlegend angesehenen Differenzierung in strafbegründende und strafändernde Merkmale aus; zum Teil wurde diese Differenzierung als sachlich gerechtfertigt angesehen, zum Teil nur als angeblich allein dem positiven Recht entsprechend hingenommen. All diesen Versuchen war gemeinsam, daß die angebliche Lösung in rein konstruktiven Erwägungen bestand¹⁵. Daß es aber damit gerade bei den sich aus § 50 ergebenden Problemen nicht getan ist, wurde oben schon nachgewiesen¹⁶. Zu den allein sachgemäßen, das Problem der Verantwortlichkeit für fremde persönliche Umstände treffenden Überlegungen kam es allein bei den Schriftstellern, die — de lege lata oder auch nur de lege ferenda — diese künstlich errichtete Schranke außer acht ließen¹⁷. Denn erst dann ist man in der Lage, ungeachtet der rein konstruktiven Unterscheidung nach strafbegründender oder strafändernder Wirkung, die im Grunde allein bedeutsame Frage, ob und warum derartige Umstände einer anderen Person überhaupt für die Strafbarkeit eines Beteiligten von Einfluß sein dürfen, klar zu erfassen.

Es ist deshalb zuerst zu untersuchen, ob diese künstliche Grenzziehung samt ihren Konsequenzen wirklich dem geltenden Recht entspricht. Es wird sich dabei zeigen, daß zu den bereits in der Literatur herangezogenen Gründen, die für eine Gleichbehandlung sprechen¹⁸, eine Fülle weiterer Argumente tritt, die eine Gleichbehandlung meines Erachtens unabweisbar machen. Dann erst ist der Weg frei für die Überlegung, nach welchen inhaltlichen, nicht aber konstruktiven Gründen man die Frage entscheiden soll, welche der „persönlichen Umstände“ wirklich als „persönlich“, d. h. unübertragbar, und welche als „übertragbar“, also die anderen Teilnehmer belastend, angesehen werden dürfen. Hierbei wird dann das bei der kritischen Betrachtung der bisherigen Lösungsversuche sich bereits andeutende Ergebnis bestätigt, daß es weder eine Übertragung solcher persönlichen Umstände, die die Rechtswidrigkeit, noch solcher, die die Schuld und Strafe betreffen, gibt. Eine übertragende Funktion kommt nur der Kausalität zu, und die Wirksamkeit dieser Erscheinung ist allein auf die Tatbestandsmäßigkeit beschränkt¹⁹.

B. Die Auslegung des § 50 StGB

Es wird oft darüber gestritten, welche Bedeutung der Einfügung²⁰ der Regel des § 50 Abs. 1 gegenüber dem früheren Zustand, daß § 50 lediglich den heutigen Abs. 2 umfaßte, zukommt²¹. Ein Eingehen auf diese Frage ist aber schon um deswillen nicht nötig, weil der Wortlaut des heutigen Absatz 1 sich in fast wörtlicher Übereinstimmung auch in den Motiven zu der alten Fassung des § 50 findet, und, wie dort ausgeführt wird, durch den Wortlaut des § 50 a. F. — also den § 50 Abs. 2 n. F. — dieser Grundsatz des § 50 Abs. 1 n. F. nur „zum Ausdruck gebracht werden soll“²². Daß zwischen beiden Sätzen ein Gegensatz, wie er etwa von Welzel²³

vertreten wird, nicht bestehen kann, zeigt eine weitere einfache Überlegung: Es ist anerkannt, daß „persönliche Umstände“ im Sinne des § 50 II n. F. sowohl solche sind, die sich auf Tatbestand und Unrecht beziehen (etwa die Beamteneigenschaft), wie auch solche, die nur mit der Schuld in Zusammenhang stehen (etwa § 51 II, jugendliches Alter u. ä.). Daraus ergibt sich bereits, daß mindestens bezüglich dieser zuletzt genannten Umstände die beiden Absätze inhaltlich übereinstimmen. Aber noch mehr: Da „Schuld“ gerade die Beziehung des Täters zu Tatbestand und Rechtswidrigkeit ist, befaßt sich also auch § 50 I mit der Zurechnung der zu diesen Deliktsmerkmalen gehörigen Umstände des Abs. 2. Da andererseits Abs. 1 aber nur auf diesen sehr allgemeinen Komplex der „Schuld“ abstellt, Abs. 2 dagegen eine konkretere Regelung bringt, ist man bei der Auslegung der gesamten Bestimmung im Grunde doch auf Abs. 2 allein angewiesen. Man könnte natürlich versuchen, gerade aus dieser allgemeinen Fassung des § 50 I, die insbesondere nicht zu einer Differenzierung von „schuldbegründenden“ und „schuldändernden“ Merkmalen zwänge²⁴, weitreichende Folgerungen abzuleiten. Dies soll jedoch angesichts des Umstandes, daß sich die herrschende Meinung weder vor 1943, als sich

¹⁵ Vgl. insbesondere oben § 5 bis § 7

¹⁶ Vgl. oben S. 32

¹⁷ Dies gilt insbesondere für Zimmerl, Piotet, Kohler, in eingeschränktem Maße auch für Redslob, Krug, Kohlräusch und Hardwig; vgl. oben S. 32 bis 51

¹⁸ Vgl. insbesondere die Ausführungen Kohlräuschs (oben S. 36) und Schwarzes (oben S. 51 ff)

¹⁹ Vgl. dazu im einzelnen unten § 13

²⁰ Verordnung vom 29. 5. 1943; gleichzeitig wurden die strausschließenden Umstände aufgenommen; daß § 50 indessen auch schon früher auf diese Merkmale angewendet werden mußte, war herrschende Meinung; vgl. oben S. 14; insoweit ist eine sachliche Änderung also nicht eingetreten.

²¹ Vgl. Schönte-Schröder § 50 Anm. I mit weiteren Nachweisen.

²² Vgl. im einzelnen unten S. 63 bis 68

²³ Lehrbuch, S. 102.

²⁴ Wie dies Absatz 2 dagegen nach der herrschenden Meinung angeblich tun soll.

diese Formulierung in den Motiven fand, noch nach 1943, als sie ausdrücklich in den Gesetzestext aufgenommen wurde, davon hat beeindruckt lassen, hier nicht unternommen werden. Es wird sich bereits bei der Betrachtung des § 50 II ergeben, daß die dort getroffene Regelung die **strafbegründenden** Umstände notwendig mitumfaßt. § 50 I braucht daher allenfalls nur zur weiteren Befestigung dieses Ergebnisses herangezogen zu werden.

I. Gleichbehandlung von strafbegründenden und strafändernden Merkmalen.

1. Der Wortlaut des § 50 II n. F., § 50 a. F.

Es mag auf den ersten Blick etwas verwunderlich erscheinen, ausgerechnet den **Wortlaut** dieser Bestimmung als Argument dafür verwenden zu wollen, daß sie auch die **strafbegründenden** Merkmale umfasse. Denn nennt sie nicht ausdrücklich nur die Umstände, die die Strafe veränderten, nämlich **schärfen** oder **mildern**¹, und stehen nicht diejenigen Merkmale, die die Strafe erst **begründen**, dazu in einem ausgesprochenen Gegensatz? Und in der Tat, wenn man **heute** von strafändernden Merkmalen spricht, ist die Vorstellung, daß es daneben auch strafbegründende Umstände gibt, selbstverständlich. Wenn eine Bestimmung, die im Jahre 1962 verfaßt würde, von lediglich **strafändernden** Merkmalen spräche, ließe sich allerdings kaum behaupten, daß man unter diesem Ausdruck — dem Wortlaut nach — auch die strafbegründenden Umstände verstehen könnte. Bei der Auslegung eines Gesetzes nach dem **Wortlaut** kann es indessen nicht darauf ankommen, was im Zeitpunkt der **Auslegung** unter den verwendeten Begriffen verstanden wird, — denn die im Gesetz verwendeten Worte können gerade **infolge** der in der Zwischenzeit vorgenommenen Auslegung, die sich unter Umständen auf **andere** Argumente stützt, einen ganz bestimmten, eindeutigen Sinn bekommen haben — sondern allein darauf, was man nach der Rechtssprache, die im Zeitpunkt des Erlasses der jeweiligen Bestimmung üblich war, unter dem auszulegenden Begriff verstehen mußte. Das bedeutet nicht, daß man bereits bei der Auslegung des **Wortlauts** auf den **Willen** des historischen Gesetzgebers zurückgriffe², sondern lediglich, daß man den **objektiven** Erklärungsinhalt des jeweiligen Rechtssatzes erforscht³. Ob der Gesetzgeber das, was er objektiv ausgedrückt hat, auch ausdrücken wollte, spielt hierbei noch keine Rolle. Wollte man bei einer auf den Wortlaut abstellenden Auslegung dagegen verlangen, daß man die auszulegenden Begriffe mit **dem** Inhalt versieht, den sie erst in der Zwischenzeit erhalten haben, dann könnte es, logisch betrachtet, eine gewisse Zeit **nach** Erlass des Gesetzes eine am Wortlaut orientierte Auslegung nicht mehr geben. Dies soll ein einfaches Beispiel erläutern:

Der Begriff A soll zu der Zeit, als der Gesetzgeber ihn benutzte (z. B. im Jahre 1870), in der Rechtssprache in einem mehrdeutigen Sinne (xyz) verwendet worden sein. Gelangt nun die Wissenschaft im Laufe der Entwicklung, und zwar aus dogmatischen und systematischen Überlegungen heraus, dazu, daß dieser Begriff an dieser Stelle nur den Inhalt x haben könne, dann bildet sich auch ein übereinstimmender Sprachgebrauch dahin, daß dieser ursprünglich mehrdeutige Begriff A nunmehr lediglich in dem Sinne x verwendet wird. Dies gilt insbesondere dann, wenn ein bestimmter Begriff nur an **einer** Stelle eines Gesetzes auftaucht⁴. Wollte man jetzt, **nachdem** sich ein einheitlicher Sprachgebrauch — und zwar aufgrund systematischer Überlegungen — gebildet hat, bei der Wortauslegung auf den „eindeutigen Sinn“ verweisen, dann gliche man jenem Manne, der sich an den eigenen Haaren aus dem Sumpf herauszieht; der Zirkelschluß liegt auf der Hand:

1. Der Begriff A ist, dem Wortlaut nach, nicht genau bestimmt. Er läßt die Bedeutungen x, y, z zu.
2. Man muß daher andere — systematische u. ä. — Überlegungen anstellen, um zu einem eindeutigen Ergebnis zu kommen.
3. Die Folge von 2) ist, daß der Begriff A nur noch im Sinne x verwendet wird.

¹ Zur Erstreckung auf die **strafausschließenden** Merkmale (Verordnung vom 29. 5. 1943); vgl. schon oben § 11 Anm. 20.

² Das geschieht erst bei dem Rückgriff auf die Motive, vgl. unten S. 63 ff.

³ Vgl. dazu auch Klug, a. a. O., S. 145 f. sowie Enneccerus-Nipperdey a. a. O. S. 205, insbesondere unter II 2.

⁴ Natürlich auch in dem Falle, daß er an mehreren Stellen verwendet wird und man an **allen** diesen Stellen nur noch — aus **allgemeinen** Überlegungen heraus — den Inhalt x versteht.

4. Daß das unter 2) gewonnene Ergebnis richtig ist, zeigt sich daran, daß es — heute! — dem eindeutigen Wortlaut entspricht!

Man darf daher auch bei der Auslegung des Wortlauts des § 50 II nicht von der **heute** als selbstverständlich angesehenen Differenzierung in strafbegründende und strafändernde Umstände ausgehen, sondern muß danach fragen, was man in den Jahren 1870/71 unter den in § 50 verwendeten Begriffen verstanden hat. Dies ist vor allem deshalb erforderlich, weil eine derartige Differenzierung in strafbegründende und strafändernde Umstände an keiner anderen Stelle des Strafrechtssystems auftaucht und so in verstärktem Maße die Möglichkeit gegeben ist, daß die angebliche Eindeutigkeit des **Wortlauts** in Wirklichkeit erst das Ergebnis **anderer** Überlegungen war.

§ 50 lautete in der bis 1943 gültigen Fassung⁵: „Wenn das Gesetz die Strafbarkeit einer Handlung nach den persönlichen Eigenschaften oder Verhältnissen desjenigen, welcher dieselbe begangen hat, erhöht oder vermindert, so sind diese besonderen Tatumstände dem Täter oder demjenigen Teilnehmer (Mittäter, Anstifter, Gehilfe) zuzurechnen, bei welchem sie vorliegen“.

Es ist oben bereits ausgeführt worden, daß es hier zunächst offenbleiben soll, was denn unter einer „persönlichen Eigenschaft“ oder einem „persönlichen Verhältnis“ zu verstehen ist. An dieser Stelle richtet sich das Augenmerk nur darauf, ob unter dem Ausdruck „wenn das Gesetz die Strafbarkeit einer Handlung nach besonderen Tatumständen **erhöht** oder **vermindert**“, auch strafbegründende Umstände verstanden werden können. Es muß hier nochmals darauf hingewiesen werden, daß man sich bei der Beantwortung dieser Frage von der heutigen Terminologie freimachen muß, nach der man es als eine Selbstverständlichkeit betrachtet, daß straf erhöhende und strafmindernde Umstände etwas von den strafbegründenden Umständen völlig verschiedenes seien. Es kann hier nur darauf ankommen, ob man bereits in den Jahren vor der Fassung des Strafgesetzbuches eine derartige Unterscheidung kannte. Denn nur dann kann man sagen, daß der Gebrauch dieser Worte im Strafgesetzbuch einen eindeutigen Sinn ergibt. Nur dann wäre das Vorgehen der herrschenden Meinung gerechtfertigt gewesen, nämlich ohne weitere Begründung als selbstverständlich anzunehmen, die vom Gesetz gebrauchten Worte „Erhöhung“ und „Verminderung“ seien nur im streng wörtlichen Sinne zu verstehen⁶. Es soll hier natürlich nicht geleugnet werden, daß es einen Unterschied macht, ob irgend etwas erst „begründet“, also geschaffen wird, oder ob etwas Vorhandenes nur verändert, nämlich vergrößert oder verkleinert wird. Nicht darum jedoch geht es hier, ob es diesen Unterschied **gibt**, sondern darum, ob der Wortlaut diese Unterscheidung hier erzwingt, darum also, ob durch die Begriffe der „Erhöhung, Vergrößerung“ so, wie sie in der Sprache tatsächlich gebraucht werden, nicht auch der Vorgang der „Begründung“, des Hervorbringens überhaupt, miteerfaßt wird, oder doch wenigstens ohne Zwang miteerfaßt werden **kann**. Dies wird vor allem dann der Fall sein, wenn derjenige, der den Begriff des „Erhöhens“ gebraucht, davon ausgeht, daß der Inhalt dessen, was er für die „Erhöhung“ anordnet, auch für eine evtl. „Begründung“ als Selbstverständlichkeit gelten muß.⁷

Wenn in einer Bausatzung etwa die Vorschrift zu finden wäre: „Die Gebäude in der X-Straße dürfen nicht über 10 Meter hinaus erhöht werden“, dann bestünde wohl kein Zweifel, daß damit nicht nur die **vorhandenen** Gebäude bei eventuellen Aufstockungen (**Hauserhöhung**) betroffen sind, sondern in gleicher Weise auch Neubauten (**Hausgründung**). Nur dann, wenn auf Grund anderer Überlegungen sich ergäbe, daß der Begriff der „Erhöhung“ scharf abgegrenzt dem der „Begründung“ gegenüberstünde, könnte etwas anderes gelten.

Wenn etwa in den Jahren vor 1870 der Begriff des **straf erhöhenden** Umstandes in klarer Abgrenzung gegenüber dem **strafbegründenden** Umstand gebraucht worden wäre, dann, und nur dann, wäre man allerdings bei der Auslegung des Wortlauts⁸ des § 50 an diese strenge, begrifflich scharfe Unterscheidung gebunden gewesen. Es wird sich jedoch sogleich herausstellen, daß man damals unter persönlichen Umständen, die die Strafbarkeit „erhöhen“ oder

⁵ Es ist anerkannt, daß durch die Neufassung von 1943 jedenfalls bzgl. des heutigen Abs. II lediglich der Rechtszustand, wie er sich schon auf Grund der alten Fassung herausgebildet hatte, gesetzlich klarer gefaßt werden sollte. Eine sachliche Änderung sollte dadurch nicht eintreten. Auf den Wortlaut des heutigen Abs. II kommt es daher nicht an. Das Argument, daß gerade durch diese Neufassung die Differenzierung in strafbegründende und strafändernde Merkmale gesetzlich anerkannt worden sei, ist schon oben S. 24 zurückgewiesen worden.

⁶ Schwarz, der an der Fassung des Strafgesetzbuches an maßgeblicher Stelle mitgearbeitet hat, ging, wie oben schon ausgeführt, genauso selbstverständlich von der umgekehrten Annahme aus, daß nämlich der Wortlaut des § 50 auch die echten Amtsdelikte, also den Fall der **Strafbegründung**, mit umfasse; vgl. im einzelnen oben S. 51 ff.

⁷ Hier sei nochmals auf die Auffassung Schwarz (vgl. die vorhergehende Anmerkung) hingewiesen, daß § 50 zweifellos auch die strafbegründenden Merkmale (echte Amtsdelikte) umfasse.

⁸ Eine Analogie wäre selbst dann zulässig gewesen; vgl. unten S. 71 ff.

„vermindern“, nichts anderes verstand als solche Merkmale, die sich „zugunsten“ oder „zu Lasten“⁹ eines Beteiligten auswirken. Es ging nämlich in jener Zeit allein darum, ob man persönliche Umstände **überhaupt** den anderen Teilnehmern anrechnen dürfe oder nicht. Diese Frage davon abhängig zu machen, ob ein solcher Umstand gerade strafbegründend oder strafändernd wirkt, daran hat weder ein Gesetz noch ein von der Wissenschaft vorgeschlagener Lösungsversuch auch nur im entferntesten gedacht¹⁰. Gestritten wurde damals darüber, ob man solche persönlichen Merkmale a) nie anrechnen dürfe oder b) immer oder c) wenigstens dann, wenn sie den anderen Teilnehmern bekannt waren. In jedem Fall aber wurde das jeweilige Ergebnis für **alle** persönlichen Umstände vertreten und nicht etwa danach differenziert, ob darauf die Strafbarkeit überhaupt beruhe oder nur die Veränderung einer aus einem gemeinsamen Grunddelikt sich ergebenden Strafbarkeit¹¹. Die Auseinandersetzungen in der gemeinrechtlichen Doktrin wurden dabei bis auf die Glossatoren zurückgeführt, indem — in klarer Erkenntnis des sachlichen Problems — danach gefragt wurde, ob der These des Bartolus¹²

— *qualitates, quae insunt facienti, respicientes et alterantes delictum, inesse etiam mandanti* —

oder der des Baldus¹³

— *qualitas, sive in odiosis, sive in favorabilibus, non extenditur de persona ad personam* —

zu folgen sei.

Die Lösung dieser sachlichen Frage von dem konstruktiven Zufall abhängig zu machen, ob die „persönliche Qualität“ gerade strafbegründend oder strafverändernd wirkt, wurde genau so wenig von der Wissenschaft wie von den mannigfachen Partikulargesetzbüchern vor 1870 gesucht:

Teils entschied man sich dahin, wie etwa das Preußische StGB in § 331 II, daß die persönliche Qualität des Beamten den außenstehenden Teilnehmern **immer** angerechnet werde, er also auch beim unechten Amtsdelikt dem gleichen Strafrahmen wie der Beamte unterfalle, teils ging man umgekehrt von der **generellen** Unbeachtlichkeit dieses persönlichen Merkmals aus. Hielt man ein persönliches Merkmal für übertragbar, dann galt dies im Falle der Strafbegründung genau so wie im Falle bloßer Strafänderung, und weder ein Gesetzgeber noch die Wissenschaft haben es für möglich gehalten, daß ein und dasselbe persönliche Merkmal einmal übertragbar und einmal nichtübertragbar sein könnte. Wenn die „persönliche Qualität“ des Beamten „zu Lasten“ — in odiosis — auch des beteiligten Nichtbeamten gehen sollte, dann galt das immer, also beim echten **und** beim unechten Amtsdelikt.

Hielt man dagegen mit Baldus dafür, daß derartige Qualitäten nicht übertragbar seien — *qualitas . . . non extenditur de persona ad personam* —, dann galt diese Regel genauso unbeschränkt, was bei der Teilnahme am unechten Amtsdelikt Bestrafung aus dem Grunddelikt, bei der Beteiligung am echten Amtsdelikt aber Straflosigkeit zur Folge hatte.¹⁴

Die Gleichbehandlung persönlicher Umstände im Falle von Straf-„begründung“ und Straf-„erhöhung“ wurde damals also als Selbstverständlichkeit angesehen. Gerade diese Selbstverständlichkeit aber führte dazu, daß sich der Gesetzgeber ungenau ausdrückte und dort, wo er die Übertragbarkeit eines persönlichen Umstandes „**zu Lasten**“ — *extenditur in odiosis* . . . — der anderen Tatbeteiligten **meinte**, von der auf persönlichen Verhältnissen beruhenden „**größeren**“ Strafbarkeit **sprach**. Das soll am Beispiel des Württembergischen StGB von 1839¹⁵ nachgewiesen werden. Hier heißt es nämlich in Art. 87 I:

„Wenn die größere oder geringere Strafbarkeit auf persönlichen Verhältnissen des Urhebers . . . beruht, sollen diese Verhältnisse auch bei der Bestrafung des Gehilfen berücksichtigt werden.“

Diese Bestimmung spricht also genau wie § 50 StGB von auf persönlichen Umständen beruhender „größerer“ oder „geringerer“ Strafbarkeit, ordnet aber — in genauem Gegensatz zu § 50 — die Übertragbarkeit dieser persönlichen Merkmale an. Würde man nun mit dieser Vorschrift

⁹ Daß mit diesem Ausdruck auch die strafbegründenden Merkmale erfaßt sind, ist klar; vgl. im einzelnen oben im Text.

¹⁰ Vgl. dazu die Darlegungen bei Köstlin, System S. 285 f.; S. 319 f findet sich auch eine gute Übersicht über die Partikularechte.

¹¹ Vgl. dazu die Zusammenstellung der gemeinrechtlichen Lehren bei Krug S. 8 ff.; zusammenfassend auch Goldammer in GA Bd. S. 8. 725 ff.; zu den einzelnen Partikulargesetzbüchern vgl. noch Krug S. 11 ff.

¹² Zitiert nach Krug, S. 7.

¹³ Vgl. Krug S. 6.

¹⁴ Wegen der Nachweise vgl. oben § 12 Anm. 10 und 11.

¹⁵ Zu finden in der Gesetzessammlung Stenglein.

so verfahren, wie es die herrschende Meinung mit § 50 getan hat, dann käme man bzgl. der straf-„begründenden“ Merkmale zu folgendem Ergebnis:

Art. 87 I nennt ausdrücklich nur solche persönlichen Umstände, auf denen die „größere“ Strafbarkeit beruht. Nur für sie ordnet er an, daß sie auch den Teilnehmer¹⁶ belasten sollen, daß sie also übertragbar sind. Ergo dürfen strafbegründende Umstände, da sie nicht genannt sind, nicht übertragen werden; die Teilnahme eines Extraneus an einem echten Amtsdelikt müßte demnach straflos sein.

Ein derartiges Vorgehen wäre unsinnig gewesen, da sich aus zwei weiteren Vorschriften¹⁷ des Württ. StGB eindeutig ergibt, daß mit der in Art. 87 I gewählten Formulierung („größere“ Strafbarkeit) die strafbegründenden Umstände mit erfaßt waren. Der Grundsatz des Art. 87 I wird nämlich in Art. 87 II folgendermaßen eingeschränkt:

„Ausnahmen treten nur bei Dienstvergehen ein (vgl. Art. 404).“

Das persönliche Verhältnis „Beamteneigenschaft“ soll demnach nicht als übertragbar angesehen werden. In Art. 404 ist dies dann näher erläutert:¹⁸

„Hat jemand, der nicht im öffentlichen Dienste angestellt ist, an einem Dienstvergehen teilgenommen, so ist er nur dann, wenn dasselbe ein gemeines Vergehen oder Verbrechen in sich schließt, und zwar wegen Teilnahme an letzterem zu bestrafen (vgl. Art. 87).“

In Art. 404 wird also zweierlei angeordnet:

1. Die Teilnahme eines Extraneus am echten Amtsdelikt ist straflos.

2. Bei der Teilnahme am unechten Amtsdelikt bewendet es bei dem Grunddelikt.

Mit anderen Worten: die Beamteneigenschaft darf weder dann, wenn sie die Strafe „erhöht“, noch dann, wenn sie die Strafe „begründet“, auf außenstehende Teilnehmer übertragen werden. Diese Regel wird als Ausnahme von dem Grundsatz des Art. 87 I bezeichnet. Ein derartiges Vorgehen wäre unverständlich gewesen, wenn schon aus Art. 87 I selbst das Verbot der Übertragbarkeit im Falle der Strafbegründung zu entnehmen gewesen wäre. Da Art. 404 auch die Straflosigkeit der Teilnahme am echten Amtsdelikt als Ausnahme von der Grundregel des Art. 87 I anordnet, ist der Schluß zwingend, daß Art. 87 I, für sich betrachtet, die Übertragung der Beamteneigenschaft auch im Falle der Strafbegründung umfaßte. Das heißt aber nichts anderes, als daß der Gesetzgeber des Württ. StGB unter dem Begriff der „größeren Strafbarkeit“ das gleiche verstand, was Baldus¹⁹ mit dem „in odiosis extenditur“ ausgedrückt hat. Ein Umstand, der in odiosis, zum Nachteil eines Beteiligten wirkt, wurde — mißverständlich — als Umstand wiedergegeben, auf dem die „größere“ Strafbarkeit beruht.

Diese Ausführungen sollen für den Nachweis genügen, daß in den Jahren, die dem Erlaß des StGB vorausgingen, mit dem Begriff eines die Strafbarkeit „erhöhenden“ Umstandes nicht die klare Vorstellung dessen verbunden war, was man heute darunter verstehen will. Aus den zitierten Bestimmungen des Württ. StGB ergibt sich im Gegenteil, daß man unter solchen Umständen, auf denen die „größere“ Strafbarkeit einer Tat beruht, die Beamteneigenschaft auch im Falle des echten Amtsdelikts, also der Strafbegründung, verstand.

Es läßt sich also nicht behaupten, daß der vom Gesetzgeber des Jahres 1870 verwendete Begriff der „Straferhöhung“ etwa als terminus technicus im heutigen Sinne angesehen und einer davon streng zu trennenden „Strafbegründung“ gegenübergestellt werden müsse²⁰. Dies bestätigt sich, wenn man die ersten Reaktionen in der Rechtswissenschaft und der Rechtsprechung um 1870 verfolgt. Man ging ausgesprochen oder unausgesprochen davon aus, daß § 50 seinem Wortlaut nach für alle persönlichen Umstände Geltung habe, während die Gegenseite, man vergleiche das oben angeführte Urteil des Preußischen Obertribunals von 1872²¹, nicht etwa

¹⁶ Das Württ. StGB kannte den Begriff des Anstifters nicht, sondern begnügte sich mit der Differenzierung in „Urheberschaft“ (samt intellektueller Urheberschaft) und Beihilfe.

¹⁷ Art. 87 II und Art. 404, sogleich oben im Text wiedergegeben.

¹⁸ Ähnlich § 252 des StGB für das Herzogtum Braunschweig vom 10. 7. 1840.

¹⁹ Vgl. oben S. 60.

²⁰ Eher läßt sich umgekehrt behaupten, daß „Straferhöhung“ als identisch mit „zu Lasten“ (in odiosis) eines Beteiligten aufzufassen ist, und zwar im Sinne eines terminus technicus. Angesichts des damaligen Rechtszustandes darf man aber als Beleg dafür den Art. 87 Württ. StGB allein wohl nicht verwenden. Es soll hier offenbleiben, ob man vielleicht beim Auffinden ähnlicher Formulierungen in weiteren Partikulargesetzbüchern doch noch zur Annahme eines terminus technicus kommen könnte: „Erhöhung“ der Strafbarkeit umfasse auch die Strafbegründung.

²¹ Vgl. oben S. 15 ff; gleichartige Gedankengänge vertritt auch Herzog, a. a. O. S. 271 f; Herzog spricht dabei von dem in § 50 „zum Ausdruck gelangten, in seiner Allgemeinheit auf einer gewissen gesetzgeberischen Milde beruhenden Prinzip“, welches, wollte man es auf die strafbegründenden Umstände anwenden, „zu den wunderbarsten praktischen Konsequenzen führte“ (er meint damit, vgl. schon oben den Hinweis auf das Obertribunal, Teilnahme an Inzest usw.). Daher müsse man auf das „straferhöhend“ besonderes Gewicht legen!

von einem Gegensatz von strafbegründenden und strafändernden Umständen **ausgeht**, sondern einen derartigen Gegensatz anhand von § 50 erst **entwickelt**. Es wird nicht etwa behauptet, das Gesetz habe eine bekannte Differenzierung dazu benutzt, um seine Regelung nur für einen Teil der Fälle, nämlich die der **Strafänderung**, auszusprechen. Wenn man den Text dieses Urteils liest²², ist der Eindruck unabweislich, daß das Gericht — mit Aufatmen — festgestellt hat, man **könne** ja die Formulierung des § 50 in diesem — einschränkenden — Sinne interpretieren, um die sonst — wie man irrig annahm — eintretenden, unerwünschten Folgen, wie die Straflosigkeit der Teilnahme am Ehebruch usw., zu vermeiden²³. Damit ist allerdings nur gesagt, daß der Wortlaut eine derartige Auslegung **zuläßt**, nicht aber, daß er sie **erzwingt**. Weder hier noch an anderen Stellen wird gesagt, **warum** nur eine derartige Interpretation richtig sei. Man beschränkte sich darauf, die im Gesetz verwendeten Worte „erhöhen“ oder „vermindern“ gesperrt zu drucken, um damit auf einen Unterschied hinzuweisen, der in seiner formalistischen Äußerlichkeit eine Begründung zu ersparen schien. Man findet aber kein Wort darüber, daß ein derartiger Gegensatz bei dem damaligen, oben geschilderten Streitstand niemals eine Rolle gespielt hat und es deshalb auch ohne weiteres möglich ist, unter einem „Umstand“, der die Strafbarkeit „erhöht oder vermindert“, nichts anderes als einen sich „zugunsten oder zu Ungunsten eines Beteiligten auswirkenden Umstand“ zu verstehen (qualitas, sive in odiosis, sive in favorabilibus . . . !)²⁴.

Und in diesem Sinne wird § 50 auch an etlichen Stellen der Literatur nach 1870 tatsächlich verstanden. So verurteilt z. B. Berner²⁵, der den Gedanken dieser Bestimmung insgesamt für verfehlt hält, die Regelung des § 50 als einen „unbedingten, allgemeinen“ Satz über Dinge, deren Beurteilung man besser dem „gesunden Verstande der Praxis“²⁶ überlasse. „Diese Anordnung kann, wenn das in ihr liegende, viel zu unbedingt ausgesprochene Prinzip konsequent durchgeführt wird, dahin führen, daß die Anstiftung zu einem Amtsverbrechen durch einen Nichtbeamten, die Anstiftung zu einem Inzest durch einen Nichtverwandten straflos bleibt“²⁷. Daher sei die ganze Bestimmung zu streichen.

Berner sieht also vom Wortlaut her gerade **keine** Möglichkeit, strafbegründende Umstände anders zu behandeln als die strafändernden: Das hinter § 50 stehende Prinzip sei hier „viel zu unbedingt ausgesprochen!“ Im gleichen Sinne äußern sich auch John²⁸ und Heinze²⁹. Auch Schütze³⁰ begreift unter den „persönlichen Umständen“ des § 50 „alle die, die sich zum **Vorteil** oder zum **Nachteil** der anderen Beteiligten auswirken, oder nicht auswirken sollen“, wenn er in diesem Zusammenhang formuliert:

„Wenn besondere Eigenschaften oder Umstände . . . auf die Strafbarkeit eines Beteiligten einen erhöhenden oder vermindernenden Einfluß haben . . .“³¹. Daß auch ein strafbegründender Umstand „auf die Strafbarkeit Einfluß hat“, läßt sich schlecht abstreiten. Und wenn von diesem Einfluß gesagt wird, daß er teils ein erhöhender, teils ein vermindernender sei, dann ist ganz offensichtlich, daß damit **alle** positiven und **negativen** Einflußmöglichkeiten erfaßt sein sollen, also nichts anderes als der Satz des Bartolus „sive in odiosis, sive in favorabilibus non extenditur . . .“³² gemeint sein kann.

Diese bisherigen, dem **Wortlaut** des § 50 Abs. II gewidmeten Ausführungen haben ergeben,

1. daß es bei Einführung unseres StGB einen terminus technicus „strafändernde Umstände“ im heutigen Sinne nicht gab;
2. daß man eher — man denke an die oben³³ angeführten Bestimmungen des Württemb. StGB — sagen könnte, man habe damals unter den auf die Strafbarkeit einen erhöhenden Einfluß ausübenden Umständen auch die strafbegründenden verstanden;

²² Vgl. oben S. 15 f

²³ Vgl. im einzelnen oben S. 16 ff

²⁴ Vgl. oben S. 60

²⁵ In Kritik, S. 63 f.; Berner beschäftigt sich hier mit § 41 III E Juli, der aber insoweit dem späteren § 50 völlig entspricht.

²⁶ a. a. O. S. 64

²⁷ a. a. O. S. 63.

²⁸ a. a. O. S. 18 Anm. 3.

²⁹ Erörterungen S. 210; wegen des im Entwurf Juli noch enthaltenen § 336 II, der als Ausnahme die Anwendung des § 50 (damals noch 41 III) bei allen Amtsdelikten, also auch bei den echten, ausschloß, wirft er dem Entwurf „Mangel an Folgerichtigkeit“ vor; vgl. dazu noch unten S. 68 ff; siehe hierzu weiter Schütze, Lehrbuch, § 44 Note 12

³⁰ Gegenentwurf Sp. 522.

³¹ a. a. O. Sp. 522; auch aus den Ausführungen in Sp. 536 wird klar, daß Schütze für strafbegründende Umstände nichts anderes gelten lassen will.

³² Vgl. oben S. 60

³³ Vgl. oben S. 60 f

3. daß nach allgemeinen sprachlichen Gesichtspunkten mit den Begriffen „Erhöhung“, „Vergrößerung“ die Begriffe „Gründung“, „Neuschaffung“ wenigstens miterfaßt sein können;
4. daß es bei dem damaligen Streitstand immer nur um die generelle Anrechnung oder Nichtanrechnung **aller** persönlichen Umstände ging und daß dabei der Gedanke, ob ein solcher Umstand gerade strafbegründend oder strafändernd wirkte, nicht die geringste Rolle spielte;
5. daß daher wenigstens die **Möglichkeit** besteht, die Begriffe „Erhöhung und Verminderung der Strafbarkeit eines Teilnehmers“ als inhaltsgleich mit „zu Lasten und zu Gunsten der Strafbarkeit eines Teilnehmers“ aufzufassen, wie dies an vielen Stellen der damaligen Literatur auch tatsächlich geschehen ist.

Es mag als zu weitgehend erscheinen, aus allen diesen Punkten den Schluß zu ziehen, § 50 II erfasse schon seinem objektiven Erklärungsinhalt nach auch die strafbegründenden Umstände³⁴. Wenn man diese Folgerung aber nicht anerkennen will, dann steht jedenfalls fest, daß der gegenteiligen Behauptung, er erfasse sie mit Sicherheit **nicht**, auf keinen Fall zugestimmt werden kann.

Es wäre daher verfehlt, an dem „buchstäblichen Sinne“ der in § 50 gebrauchten Ausdrücke des „Erhöhens“ und „Verminderns“³⁵ zu haften³⁶. Es hat sich bei der Analyse des Wortlauts gezeigt, daß zu der Zeit, als der Gesetzgeber diese Ausdrücke in das Strafgesetzbuch aufgenommen hat, die **heute** damit verbundene klare Abgrenzung gegenüber dem „Begründen“ noch nicht vorhanden war. Es ist daher zulässig, den Inhalt dieser Vorschrift unter Zuhilfenahme weiterer Auslegungsmittel zu erforschen³⁷.

Als Ergebnis der auf den bloßen Wortlaut beschränkten Überlegungen ist festzuhalten, daß die **strafbegründenden** persönlichen Merkmale der Regelung des § 50 II wenigstens unterfallen können.³⁸

2. Die Motive.

Läßt sich aus dem Wortlaut ein eindeutiger Sinn mit letzter Sicherheit nicht entnehmen, dann kann und muß auf die Gesetzesmaterialien, hier also auf die Motive des Reichsstrafgesetzbuches, zurückgegriffen werden³⁹. Auch wenn die Motive keine selbständige Bedeutung haben, so doch insoweit, als die in ihnen wiedergegebenen Gedanken „im Gesetz einen wenn auch ... zweideutigen Ausdruck gefunden haben“⁴⁰. Die Motive dürften bei der hier zu lösenden Frage von ganz besonderem Interesse sein, weil, wie schon oben geschildert, weder in der Wissenschaft noch in den bis dahin geltenden Partikularstrafgesetzbüchern bei der Frage der Zurechnung persönlicher Umstände auf die Unterscheidung in strafändernde und strafbegründende Merkmale abgestellt wurde. Es ist deshalb mit Sicherheit anzunehmen, daß, wenn der Gesetzgeber jetzt wirklich, wie es die herrschende Meinung annimmt, diesen Unterschied hätte von Bedeutung sein lassen wollen, er in den Motiven wenigstens kurz darauf eingegangen wäre. Es ergibt sich beim Studium der Motive aber eindeutig, daß der Gesetzgeber auch hier eine derartige Unterscheidung nicht nur nicht getroffen, sondern sie vielmehr ausdrücklich, wenn auch an versteckter Stelle, als zur Lösung der Frage ungeeignet **verworfen** hat. Wegen dieses, angesichts der fast seit hundert Jahren in der Praxis ausschließlich, in der Literatur überwiegend

³⁴ Dieser Schluß wäre jedenfalls, wie gezeigt, eher gerechtfertigt als der umgekehrte.

³⁵ So der Wortlaut bis 1943; dann wurden diese Begriffe durch die des „Schärfens“ und „Milderns“ ersetzt, ohne daß damit ein Bedeutungswandel verbunden gewesen wäre; vgl. sogleich S. 64 ff.

³⁶ Es ist allgemein anerkannt, daß das in § 133 BGB ausgesprochene Gebot, „nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften“, sondern den „wirklichen Willen zu erforschen“, nicht nur für private Willenserklärungen, sondern auch für die Auslegung von Gesetzen gilt, und zwar auf allen Rechtsgebieten (vgl. Enneccerus-Nipperdey, a. a. O. S. 195 sowie RGZ 96, 327 und BGHZ 2, 184). Es ist also der vom Gesetz — objektiv — verfolgte Sinn und Zweck zu erforschen, jedenfalls soweit, als er in der auszulegenden Bestimmung einen „wenn auch unvollkommenen Ausdruck gefunden hat“ (Enneccerus-Nipperdey, a. a. O. S. 195).

³⁷ Vgl. dazu Klug, a. a. O. S. 145.

³⁸ Es wird sich im weiteren Verlauf der Arbeit zeigen, daß selbst dann, wenn man mit der h. M. einen eindeutig auf die strafändernden Umstände beschränkten Wortlaut annehmen wollte, eine Analogie — zugunsten! — unabweislich wäre; vgl. dazu eingehend unten S. 71 ff.

³⁹ Vgl. dazu und zum folgenden Klug, a. a. O. S. 145 f.

⁴⁰ Enneccerus-Nipperdey S. 202.

vertretenen gegenteiligen Meinung⁴¹ besonders überraschenden Ergebnisses sollen die Motive zu § 50 und die Stellen, auf die die Motive ausdrücklich verweisen, hier ungekürzt wiedergegeben werden.

§ 41 III Entwurf Juli 1869⁴² lautete:

„Wenn das Gesetz die Strafbarkeit einer Tat wegen besonderer in der Person des Täters liegenden Eigenschaften oder Verhältnisse erhöht oder vermindert, so sind diese die besondere Strafbarkeit bedingenden Umstände nur bei demjenigen Täter oder Teilnehmer in Betracht zu ziehen, bei dem sie vorliegen.“

Diese Bestimmung erhielt dann als § 48 des Entwurfs Dezember 1869 eine lediglich auf redaktionellen Erwägungen beruhende andere Fassung, in der sie dann unverändert als § 50 in das Strafgesetzbuch übergang; § 48 des Entwurfs Dezember 1869 (= § 50 in der bis 1943 gültigen Fassung⁴³) sagt:

„Wenn das Gesetz die Strafbarkeit einer Handlung nach den persönlichen Eigenschaften oder Verhältnissen desjenigen, welcher dieselbe begangen hat, erhöht oder vermindert, so sind diese besonderen Tatumstände dem Täter oder demjenigen Teilnehmer (Mittäter, Anstifter, Gehilfe) zuzurechnen, bei welchem sie vorliegen.“

In den Motiven zu dieser letzten Fassung wird ausgeführt:

„Die strafbare Handlung, an der mehrere Personen teilgenommen, kann gegenüber den einzelnen Teilnehmern in Bezug auf ihren rechtlichen Charakter und die durch ihn bedingte Schwere desselben eine verschiedenartige sein, je nach den persönlichen Eigenschaften oder Verhältnissen, in denen der Täter sich befindet, zum Beispiel bei der Teilnahme eines Dritten an einem von jemandem gegen einen Verwandten aufsteigender Linie begangenen Totschlag. Die Tat ist gegenüber dem Dritten ein einfacher Totschlag, gegenüber dem Täter ein qualifizierter. Der Entwurf hat angenommen, daß in einem solchen Falle⁴⁴ jeder Teilnehmer nach dem Gesetz bestraft werden soll, welches auf seine Tat, ohne Rücksicht auf die besonderen persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse der übrigen Teilnehmer, Anwendung findet und auch hierdurch den allgemeinen Satz zur Geltung bringen wollen, daß ein jeder lediglich nach dem Grade seiner Verschuldung, wie sie sich nach seiner Tätigkeit und seinen Verhältnissen gestaltet, bestraft werden soll.“

Von einer Verschiedenbehandlung der genannten Umstände, je nachdem, ob sie strafbegründend oder strafändernd wirken, ist also mit keinem Wort die Rede. Sie wäre auch mit dem am Schluß genannten „allgemeinen Satze“ schwerlich vereinbar. Daß der Gesetzgeber an eine

⁴¹ Selbst wenn man daraus, was mir aber angesichts des immer wieder erhobenen Widerspruches (vgl. o. §§ 8 bis 10) unzulässig erscheint, eine Art gewohnheitsrechtliche Geltung der h. M. ableiten wollte, wäre das kein stichhaltiger Einwand gegen die Richtigkeit der in dieser Arbeit vertretenen Meinung; auch Gewohnheitsrecht bedarf der Begründung; andernfalls handelt es sich zwar um Gewohnheit, aber nicht um Recht; zudem wird unten noch dargelegt werden, daß der h. M. auch durchgreifende verfassungsrechtliche Bedenken entgegenstehen; davor muß auch „Gewohnheitsrecht“ weichen (vgl. unten S. 74 ff.). Das gilt auch für das Argument Sauers (vgl. oben S. 24) von der „gesetzlichen Sanktionierung der herrschenden Meinung“ durch die Verordnung von 1943.

⁴² Die Entstehungsgeschichte des Strafgesetzbuches soll hier nur ganz kurz wiedergegeben werden: Gem. Art. 4 Nr. 13 der Verfassung des Norddeutschen Bundes vom 26. Juli 1867 ersuchte im Juni 1868 der Bundeskanzler (Bismarck) den preußischen Justizminister Leonhardt um die Ausarbeitung eines Entwurfs für ein gemeinsames Strafgesetzbuch. Das Ergebnis war der im Juli 1869 veröffentlichte, im wesentlichen von Friedberg erarbeitete Entwurf I (hier Entwurf Juli genannt, da die Ziffernfolge für die einzelnen Entwürfe bei manchen Autoren wechselt). Dieser Entwurf Juli wurde dann von einer Kommission des Bundesrats (unter wesentlicher Mitarbeit von Schwarze; vgl. oben S. 51 ff.) weiterberaten und als Entwurf II (hier Entwurf Dezember) am 31. Dezember 1869 (als Manuskript) veröffentlicht. Dieser zweite Entwurf wurde dann vom Bundesrat, fast ohne jede Änderung, dem Reichstag (des Norddeutschen Bundes) zugeleitet (als Entwurf III), der vom 22. 2. 1870 an darüber beriet und ihm bereits am 25. 5. 1870 mit großer Mehrheit zustimmte. Am 31. 1. 1871 trat er dann als StGB für den Norddeutschen Bund, und nach Errichtung des Deutschen Reiches am 1. 1. 1872 in den meisten anderen Bundesstaaten in Kraft; (dieser Termin trat in einzelnen Ländern etwas später ein. Im einzelnen vgl. Mezger, LB S. 27 f. mit weiteren Nachweisen.)

Die Regelung des § 50 behielt von Anfang an ihren Inhalt bei. Es kam lediglich zu redaktionellen Änderungen. Im Entwurf Juli war ihr Platz im § 41 III im Entwurf Dezember im § 48; § 48 Entwurf Dezember wurde dann unverändert zum heutigen § 50; vgl. auch oben im Text.

⁴³ Zur Neufassung durch die Verordnung vom 29. 5. 1943 vgl. schon oben § 12 Anm. 5.

⁴⁴ Die Worte „in einem solchen Falle“ sind in den Motiven in keiner Weise besonders hervorgehoben. In RGSt 25 S. 272, wo dieser Teil der Motive wörtlich wiedergegeben wird, werden diese Worte dagegen gesperrt gedruckt und so der irrige Eindruck hervorgerufen, als ob die Regel des § 50 nur „in einem solchen Falle“, also bei bloßer Strafänderung, gelten soll. Diese Wendung aber bezieht sich eindeutig auf das vorangegangene Beispiel, und in keiner Weise darauf, daß dieses Beispiel — zufällig! — einen strafändernden Umstand anführt. Vgl. dazu insbes. oben S. 51 ff., wo dargestellt ist, wie Schwarze, einer der führenden Mitarbeiter an den Entwürfen, geradezu als selbstverständlich davon ausgeht, daß § 50 auch die strafbegründenden Merkmale (echtes Beamtendelikt) erfaßt.

derartige Differenzierung nicht im geringsten gedacht hat, wird aus den Motiven zu § 41 III des Entwurfs Juli 1869 noch deutlicher⁴⁵.

„Der Schlußsatz des § 41, welcher Vorschriften darüber gibt, welchen Einfluß persönliche Eigenschaften des Täters oder Teilnehmers auf die Strafbarkeit ausüben, will eine bekannte Kontroverse im Sinne des Bremischen Entwurfes von 1868 § 82 entscheiden. Diese Bestimmung enthält eine weitere Modifikation des an die Spitze des Paragraphen gestellten Grundsatzes und entspricht damit derjenigen Auffassung, von welcher das Preußische Strafgesetzbuch bei den für Kindesmord und den von Aszendenten gegen Kindern verübten Diebstahl gegebenen Bestimmungen ausgegangen ist. Die hinsichtlich der Teilnahme an Beamtenverbrechen in §§ 312 des Preußischen StGB gegebene und von dem Entwurf beibehaltene besondere Bestimmung⁴⁶ ist, sofern man das Beamtenverhältnis überhaupt als rein persönliches betrachten kann, eine Ausnahme von der Regel. Zur Begründung der Bestimmung kann hier auf die Bremischen Motive von 1868 Seite 47 ff. Bezug genommen werden“⁴⁷.

Es ist also von dem Einfluß „persönlicher Umstände“ schlechthin die Rede, und nicht etwa nur von solchen, die die Strafe lediglich **verändern**. Mit der Vorschrift soll weiterhin „eine bekannte Kontroverse“ gelöst werden, und die Kontroverse bestand gerade darin, ob solche Umstände **generell** angerechnet oder nicht angerechnet werden sollen⁴⁸. Eine Unterscheidung nach strafbegründenden und strafändernden Merkmalen hat dabei nicht die geringste Rolle gespielt. Wenn der Entwurf etwa gerade in dieser Unterscheidung die Lösung des Problems gesehen hätte, dann wäre es undenkbar, daß er nicht wenigstens mit **einem** Wort darauf eingegangen wäre. Den letzten möglichen Zweifel aber zerstreut er dadurch, daß er die bekannte Kontroverse „im Sinne des § 82 des Bremischen Entwurfes von 1868“ entscheiden will, und daß er nicht nur auf diesen § 82 selbst, sondern auch ausdrücklich auf die dazu gegebene Begründung⁴⁹ verweist. § 82 dieses Entwurfes⁵⁰ lautet nämlich: „Die auf die Strafbarkeit der Tat Einfluß üübenden besonderen Umstände, welche nur in der Person des einen oder anderen Urhebers oder Teilnehmers vorhanden sind, sollen bei der Beurteilung der Strafbarkeit der übrigen weder zum Vorteile noch zum Nachteile derselben in Betracht gezogen werden, soweit das Gesetz nicht ein anderes bestimmt.“

Daß diese Bestimmung die strafbegründenden Umstände mitumfaßt, kann nicht zweifelhaft sein. Sie ist nichts anderes als die zeitgemäße Fassung der schon von Baldus vertretenen Meinung, daß derartige „Qualitäten“ weder „in odiosis“ noch „in favorabilibus de persona ad personam“ erstreckt werden dürfen⁵¹.

Damit aber ist die oben⁵² nur als **möglich** dargestellte Auslegung der Begriffe des „Erhöhens“ und „Verminderns“ zur Gewißheit geworden: Der Gesetzgeber des Jahres 1870 verstand unter einem die Strafbarkeit „erhöhenden“ Umstand auch einen solchen, der die Strafbarkeit erst „begründet“; er ging davon aus, daß all das, was sich „zum Vorteil“ oder „zum Nachteile“ eines an einer Straftat Beteiligten auswirken kann, mit den Begriffen der „Erhöhung“ oder „Verminderung“ der Strafbarkeit erfaßt sei. Im Grunde ist es auch eine Selbstverständlichkeit,

⁴⁵ Da die Motive des Entwurfs Dezember allgemein für solche Bestimmungen, die gegenüber dem Entwurf Juli sachlich nicht geändert worden sind, auf diese früheren Motive verweisen, § 48 Entwurf Dezember sich von § 41 III inhaltlich in nichts unterscheidet, dürfen auch die Motive zu Entwurf Juli herangezogen werden; das hat schon der Oberreichsanwalt in RGSt 25, S. 273 vertreten; der Oberreichsanwalt zitiert an dieser Stelle gleichfalls aus den Motiven, leider mit der bereits oben (Anm. 44) gerügten — nicht kenntlich gemachten — Veränderung. Bei der Wiedergabe der besonders wichtigen Bremer Motive (vgl. sogleich oben im Text) läßt er dann gerade die wichtigsten Stellen wegl! (vgl. unten Anm. 49). Stattdessen behauptet er lediglich, dieser „allgemeine Satz“ gelte nach dem StGB eben nur für die strafändernden Umstände.

⁴⁶ In § 336 E Juli 1869 war bestimmt, daß in Abweichung von § 41 III (= § 48 E Dezember 1869 = § 50 StGB) die Teilnahme an **Amtsdelikten unbeschränkt** strafbar sein sollte; vgl. auch unten § 12 Anm. 77.

⁴⁷ In den Motiven wird an dieser Stelle in einer Fußnote auch auf Ortolan, *Éléments de droit pénal*, éd. II Paris 1859, S. 587 verwiesen. Offensichtlich handelt es sich bei dieser Verweisung um ein Versehen (Druckfehler?), da sich an der genannten Stelle — auch nicht eine Seite vorher oder nachher — bei Ortolan keinerlei Ausführungen zur Frage der „persönlichen Umstände“ finden. Wahrscheinlich ist eine andere Seite seines Buches gemeint. Der Frage konnte nicht näher nachgegangen werden, da sich das Lehrbuch Ortolan's in dieser von den Motiven zitierten 2. Auflage (1859) nur noch im Britischen Museum in London und in der Kongreßbibliothek in Washington auffinden läßt. Verfasser war daher darauf angewiesen — das Buch selbst kann über Fernleihe nicht bezogen werden —, sich aus London Fotokopien der Seiten 586 bis 588 zu beschaffen, was allerdings nur das eingangs mitgeteilte — negative — Ergebnis hatte.

⁴⁸ Vgl. zum damaligen Streitstand oben S. 59.

⁴⁹ Und zwar ohne jede Einschränkung! Es ist daher unverständlich, daß der Oberreichsanwalt im RGSt 25, S. 269 gerade die entscheidenden Stellen aus diesen Motiven wegläßt! (zu dem Vorgehen des Oberreichsanwalts an der genannten Stelle vgl. auch schon oben Anm. 44 und Anm. 45).

⁵⁰ Bibliographisch wird dieser Entwurf nicht geführt! Ein Exemplar — ohne Motive! — befindet sich in der Bayerischen Staatsbibliothek München unter „Crim 418w“; zu den Motiven vgl. unten Anm. 54.

⁵¹ Vgl. oben S. 60.

⁵² Vgl. S. 64.

daß man dann, wenn man für die Relevanz einer „Veränderung“ bestimmte Regeln aufstellt, ohne weiteres davon ausgeht, daß die gleiche Regelung auch dann gelten muß, wenn es nicht nur um die „Veränderung“ einer **existierenden** Größe, sondern um die durch Schaffung oder gänzlichen Wegfall dieser Größe eintretende „Veränderung“ geht.

Es ist kaum vorstellbar, daß jemand auch jetzt noch Zweifel daran hegt, daß der Gesetzgeber eine andere als die hier wiedergegebene Auffassung habe ausdrücken wollen.⁵³ Außerstenfalls könnte behauptet werden, der Hinweis auf den § 82 des Bremischen Entwurfs sei nur so zu erklären, daß man dabei angenommen habe, die dort bezeichneten Umstände, die weder „zum Vorteile noch zum Nachteile in Betracht gezogen werden“ dürften, seien eben nur solche, die lediglich im Falle einer **Strafänderung** auftreten könnten; im Falle der **Strafbegründung** handle es sich dagegen immer um „nicht persönliche Umstände“, an deren Übertragbarkeit und Anrechnung auf andere Teilnehmer daher ein Zweifel nicht bestehen könne. Daß auch dieser letzte Einwand nicht stichhaltig ist, daß also weder die Verfasser des Bremischen Entwurfs noch die Motive des geltenden Strafgesetzbuches von einer derartigen Auffassung ausgingen, zeigen mit voller Klarheit die Motive dieses § 82, auf die in den Motiven des § 41 III Entwurf Juli 1869 in vollem Umfang Bezug genommen wird; hier heißt es nämlich:⁵⁴

„Diese Regel (scl. des § 82) umfaßt zwei Fälle, sowohl den, wo die Handlung nicht allgemein, vielmehr nur unter Voraussetzung einer besonderen persönlichen Eigenschaft des Handelnden strafbar ist⁵⁵, als den andern, wo die Handlung allgemein strafbar ist und nur in der Person des einen oder anderen Täters oder Teilnehmers besondere Umstände vorhanden sind, die auf die Zurechnung oder den Grad der Strafbarkeit Einfluß haben. Jeder soll aus seiner Person, aus seinem strafrechtlichen Verhältnisse zu der Tat beurteilt werden. *Suum cuique!* Kann jemand eine gewisse Handlung straflos begehen, so soll es ihn nicht strafbar machen, daß er sie etwa in Gemeinschaft mit einem anderen verübt, dem das Strafgesetz sie untersagt. Und so umgekehrt⁵⁶. — Und wo die von mehreren begangene oder beförderte Tat von dem persönlichen Standpunkt des einen als qualificirt erscheint, einer höheren oder milderen, schwereren oder leichteren Strafe unterliegt, da soll diese bei der Bestrafung des anderen, der diesen persönlichen Standpunkt nicht teilt, nicht in Anschlag gebracht werden. Wo diese Regel, namentlich in Rücksicht auf die Strafbarkeit überhaupt, durch Ausnahmen unterbrochen wird, was freilich im Blick auf die Gefährlichkeit der gemeinsamen Handlung in vielen Fällen durch die Strafpolitik geboten ist (vgl. Artikel 62, 90, 104, § 351, Art. 145, 176)⁵⁷, da wird allerdings vorausgesetzt, daß der sonst straflose Teilnehmer die Umstände in der Person des Andern, die diesen strafbar machen, müsse gekannt haben. Allein das brauchte nicht erst ausdrücklich ausgesprochen zu werden, da von einer strafbaren Teilnahme oder Begünstigung von Seiten des sonst Straflosen nur insofern die Rede sein kann, als er um die persönlichen Umstände gewußt hat, ohne welche der Tatbestand der strafbaren Tat oder eines Straferhöhungsgrundes gar nicht vorhanden sein würde. Die **Specialbestimmungen** (scl. der Art. 62, 90 ff., vgl. oben und die Anmerkung dazu) werden den theoretisch mitunter berechtigten Zweifeln begegnen, was unter den nur „in der Person vorhandenen“ Umständen zu verstehen sei. Nur das Mißverständnis ist nicht zu besorgen, das äußere, den Begriff einer allgemein strafbaren Handlung allerdings bedingende, nur bei dem Täter zutreffende, aber von einer besonderen Persönlichkeit gar nicht

⁵³ Und, wenn auch in vielleicht mißverständlicher Weise, auch ausgedrückt hat; vgl. dazu oben S. 58—63.

⁵⁴ Es ist bereits oben (Anm. 50) gesagt worden, daß die **Motive** des Bremer Entwurfs von 1868 nicht mehr auffindbar sind, wohl als Folge der Zerstörungen des letzten Krieges. Diese Lücke kann jedoch durch den Rückgriff auf die Motive des Bremer Entwurfs von 1861 geschlossen werden: § 82 des E Bremen 1868 stimmt wörtlich mit § 90 des E Bremen 1861 überein. Auch alle übrigen Paragraphen dieses die Teilnahme regelnden Abschnitts entsprechen sich wortgetreu. Es ist daher schon wegen dieser Umstände mit größter Wahrscheinlichkeit anzunehmen, daß auch die Motive des E 1861 wörtlich — wenigstens aber sinngemäß — in den E 1868 übernommen wurden. Daß sie wörtlich übereinstimmen **müssen**, ergibt sich aus folgendem: In RGSt 25 S. 271 wird aus den Motiven des E Bremen 1868 auszugsweise zitiert. Diese Auszüge decken sich **völlig** mit den Motiven von 1861 und die in der RG-Entscheidung kenntlich gemachten Lücken lassen sich fugenlos durch den Rückgriff auf die Motive von 1861 ausfüllen. Es ist daher davon auszugehen, daß das jetzt o. im Text wiedergegebene Zitat, das **unmittelbar** aus den Motiven des E Bremen 1861 stammt (S. 179 ff.), sich unverändert auch in den Motiven des E von 1868 fand, also diejenige Quelle ist, auf die die Motive des RStGB in § 50 verweisen, und zwar zustimmend!

⁵⁵ Hervorhebung vom Verfasser.

⁵⁶ Hervorhebung vom Verfasser.

⁵⁷ Hier handelt es sich, wie ein Vergleich mit den Bestimmungen des besonderen Teils zeigt, offensichtlich um Druckfehler; gemeint sind vielmehr Art. 114 § 352 (statt Art. 104 § 351) Art. 144 (statt 145) und Art. 174 (statt 176). Auch Art. 103 und 146 gehören hierher; es handelt sich dabei um folgende Fälle, bei denen die Anrechnung des „persönlichen Umstands“ also nach ausdrücklicher Vorschrift an der jeweiligen Stelle zulässig sein soll: Desertion (Art. 62), Meineid und die übrigen Aussagedelikte (Art. 90), Sittlichkeitsdelikte (Art. 103), Aussetzung leiblicher Kinder (Art. 114 § 352), betrügerischer Bankrott (Art. 144) Untreue von Vormündern ff (Art. 146) und gewisse Arten von Amtsdelikten (Art. 174; vgl. dazu die §§ 553—557, 559 und 560).

abhängende Umstände, z. B. daß nur der Täter äußerlich zur Verübung der Tat in der Lage gewesen ist, hierher gezogen werden könnten. Wenn nur der Besitzer einer Sache dieselbe unterschlagen kann, so wird doch selbstverständlich ein Dritter der Teilnahme an diesem gemeinsamen Vergehen sich schuldig machen können⁵⁸.

Bekanntlich fassen manche die Teilnahme anders auf. Da der Teilnehmer nur die Handlung eines Anderen veranlasse oder unterstütze, so wird unterstellt, daß sein Wille nicht direct und unbedingt auf die Ausführung der Tat, vielmehr nur insoweit, als dieselbe durch diesen Täter geschehe, gerichtet sei. Der Teilnehmer assimiliere sich daher gewissermaßen der Persönlichkeit des Täters, seine Strafbarkeit sei nur eine aus der Strafbarkeit des letzteren abgeleitete, er müsse daher nach dem auf den Täter zur Anwendung kommenden Strafgesetz, auch insofern dies die Person des Täters berücksichtige, gerichtet werden. Diese, auch im preußischen Recht angenommene Theorie ruht in der Tat auf einer willkürlichen Fiction. Wenngleich der Teilnehmer die Tat nicht selbst vollbringt, vielmehr nur einem Andern sie auszuführen hilft, so ist doch sein Wille, in der einen oder anderen Modalität, welche die Richtung desselben annehmen kann, auf die Tat gerichtet. Ob er die Vollbringung nur im Interesse des Täters unterstützt, die Tat also nur als dessen Handlung will, ob er aus eigenem Interesse, aus einem ihm eigentümlichen Beweggrund handelt und nur der Mangel an Mut, an körperlicher Fähigkeit ihn auf die Rolle eines Gehülfen beschränkt, ob es vielleicht nur Mangel an Gelegenheit oder die zufällige Verkettung der Umstände es gewesen ist, die ihn von der Täterschaft abgehalten hat, — das alles ist für den Begriff der Teilnahme (im Gegensatz zur Täterschaft) gleichgültig und nur für die Zumessung erheblich. Wenn es dem A daran liegt, daß B den Besitz einer gewissen beweglichen Sache verliere und er, entschlossen, selbst diese Sache gelegentlich zu stehlen, zufällig in die Lage kommt, den C bei dem Diebstahl derselben Sache zu unterstützen, so kann dadurch, daß C ein Hausgenosse des B ist, der Diebstahl für A einen anderen strafrechtlichen Charakter, als wenn er selbst der Täter wäre, ohne Künstelei nicht gewinnen. **Der überall sonst befolgte Grundsatz der Gerechtigkeit, daß strafrechtlich Jeder nach seinem eigenen Maß zu messen sei, drängt auch mit solcher Entschiedenheit sich auf, daß jenes Ausnahmepincip mit einiger Consequenz gar nicht durchgeführt werden kann**⁵⁹. Nicht allein wird hie und da (z. B. preuß. Gesetz § 228) in Beziehung auf Teilnehmer und Hehler das Princip geradezu aufgegeben, wird ferner bei verschiedenen Mittätern wieder der individuelle Maßstab angelegt, sondern es soll auch den Täter der etwa seines Wissens in der Person seines Teilnehmers liegende Straferhöhungsgrund nicht angehen, ungeachtet man, wenn einmal von jenem einfachen Princip *sum cuique* abgewichen werden soll, doch auch sagen könnte, die Tat, zu welcher der Täter solcher, vielleicht wesentlicher Hülfe sich bediene, müsse dadurch auch für ihn sich strafrechtlich modificieren, namentlich müsse behauptet werden, daß der Wille des Täters sich demjenigen des Anstifters assimiliere, so daß, wenn A den ihm als solchen bekannten Vater des B auf dessen Anstiften ermorde und den letzteren die Strafe des Vaternörders treffe, er nicht bloß wegen einfachen Mordes bestraft werden dürfe. Am willkürlichsten erscheint aber jenes Ausnahmepincip nach seiner Anwendung im preußischen Recht bei den Milderungsgründen. Wenn bei Verbrechen das Gesetz bei mildernden Umständen eine Straferabsetzung dem Richter gestattet, so kommen nach preußischem Recht diese, in der Person des Täters anerkannte Milderungsgründe dem Teilnehmer nicht zustatten, er wird vielmehr nach dem Strafgesetz gerichtet, welches ohne Hinzutritt solcher Umstände auf den Täter würde Anwendung gefunden haben. Hätte daher z. B. das Gesetz bei Todtschläge, den es mit lebenslänglichem Zuchthaus bestraft, allgemein mildernde Umstände statuirt, so würde der Teilnehmende mit jener Strafe zu belegen sein, möchte auch den Täter wegen eines mildernden Umstandes, z. B., weil er, durch schwere Beleidigung zum Zorn gereizt, auf der Stelle die Tat verübt, nur Gefängnisstrafe treffen. Nun ist aber der eben beispielsweise erwähnte Fall zum Gegenstand eines eigenen Strafgesetzes gemacht (177), und dieses Strafgesetz, wenn es auf den Täter Anwendung findet, muß nach Art. 35 auch auf den Teilnehmer angewendet werden, da hier nicht wieder, wie z. B. bei Kindesmord (180) ausdrücklich eine Ausnahme vom Artikel 35 gemacht ist⁶¹.

Bei diesem Katalog von Ausnahmen ist vor allem auffällig, daß insoweit entweder auch im Reichsstrafgesetzbuch Sondervorschriften aufgestellt sind (Verleitung zur Desertion und zum Meineid z. B.), oder es sich um solche Delikte handelt, bei denen man gar nicht von „besonderen persönlichen Umständen“ im Sinne des heutigen § 50 sprechen kann (vgl. dazu auch unten S. 83 ff); auch das hat der Bremer Entwurf schon klar erkannt; vgl. dazu die sogleich oben im Text hervorgehobene Stelle.

⁵⁸ Hervorhebung vom Verfasser; die Annahme, „dieses Mißverständniß sei nicht zu besorgen“, hat sich leider als zu optimistisch erwiesen! Vgl. schon oben S. 15 bis 17.

⁵⁹ Hervorhebung vom Verfasser.

⁶⁰ Dieser Vorwurf der Willkür ist der h. M. auch heute noch zu machen; vgl. unten S. 68 ff, 79 ff

Endlich kann auch diese Abweichung von dem Princip, daß Jeder strafrechtlich aus seiner Person gerichtet werden müsse, soweit nicht bei einzelnen Arten strafbarer Handlungen die Strafpolitik eine Ausnahme gebietet, nicht auf das natürliche Gefühl sich berufen; dieses wird sich weit eher damit, daß der Fremde, welcher einem Sohn hilft, seinen Vater zu ermorden, seinerseits nur wegen gemeinen Mordes bestraft werde, als damit sich versöhnen, daß der Sohn nur wegen gemeinen Mordes bestraft werden solle, wenn er zur Ermordung seines Vaters einen Fremden gedungen hatte“.

Angesichts dieser klaren Ausführungen in den Bremischen Motiven, auf die die Motive des Reichsstrafgesetzbuches ohne jede Einschränkung verweisen, und die man daher getrost als Teil der StGB-Motive selbst betrachten kann⁶¹, ist ein vernünftiger Zweifel daran, daß der Gesetzgeber des Jahres 1870 die Regelung des § 50 auch auf die strafbegründenden Umstände erstrecken wollte⁶², ausgeschlossen.

Die bei der Analyse des bloßen Gesetzeswortlautes sich bereits abzeichnende Wahrscheinlichkeit, daß § 50 zwischen strafbegründenden und strafändernden Umständen keine Differenzierung zuläßt, ist somit durch den Inhalt der Motive zur jeden Zweifel ausschließenden Gewißheit geworden. Umso verständlicher ist es, daß sich die herrschende Meinung und vor allem die Rechtsprechung gerade auf den **Wortlaut** des § 50 und den **Willen** des Gesetzgebers stützen zu können glaubte⁶³. Mit einer gekünstelten, auf den bloßen Buchstaben⁶⁴ des **Erhöhen**s und **Vermindern**s abstellenden Betrachtung ging man den **sachlichen** Problemen aus dem Wege, und hat darüber hinaus noch — zugegebenermaßen! — ungerechte und willkürliche Ergebnisse in Kauf genommen.

3. Systematische Überlegungen.

Dieses Ergebnis, dem der Wortlaut des § 50 zumindest nicht entgegensteht⁶⁵, das sich aber aus den Motiven meines Erachtens unabweisbar ableiten läßt, soll — unabhängig davon — durch weitere Überlegungen erhärtet werden. Eine der herrschenden Meinung entsprechende Verschiedenbehandlung von strafbegründenden und strafverändernden Umständen führt nämlich zu sinnwidrigen, insbesondere das Strafsystem des StGB geradezu auf den Kopf stellenden Ergebnissen⁶⁶.

Die Ungereimtheiten, die sich **allgemein** aus der genannten Differenzierung ergeben, sind bereits im kritischen Teil der Arbeit erwähnt worden; insoweit genügt hier eine kurze Zusammenfassung⁶⁷:

Ein Extraneus, der etwa einen geisteskranken Beamten als Werkzeug zur Begehung eines echten Amtsdelikts benutzt, kann nicht bestraft werden. Beteiligt sich der Extraneus dagegen nur in der vergleichsweise untergeordneten Rolle eines Gehilfen oder Anstifters, dann trifft ihn die Strafe des Amtsdelikts. Die einzig plausible Erklärung dieser merkwürdigen Diskrepanz wäre die Schuldteilnahmelehre, aber diese Strafgrundtheorie wird von der herrschenden Meinung expressis verbis verworfen⁶⁸.

Im Falle der Strafänderung spielt die besondere Qualität des Täters (etwa Beamteneigenschaft, Gewerbsmäßigkeit) für den Strafraum des diese Qualität nicht besitzenden Teilnehmers keine Rolle, während die **gleiche** Qualität dann, wenn sie die Strafe **begründet**, auch den Teilnehmer belastet. Bei der vergleichsweise untergeordneten Entscheidung über eine bloße Veränderung der **Strafhöhe** soll der Grundsatz des „*sum cuique*“ also beachtet, bei der grundlegenden

⁶¹ Davon geht auch der Oberreichsanwalt in RGSt 25, S. 273 aus, allerdings mit der — unverständlichen — Einschränkung auf die lediglich **strafändernden** Umstände; vgl. dazu schon oben Anm. 49; es ist geradezu das Hauptthema dieser Bremer Motive, daß der Grundsatz des „*sum cuique*“ genau wie bei den „**strafändernden**“ auch bei den „**strafbegründenden**“ Merkmalen angewendet werden müsse; die Verweisung in den Motiven des Reichsstrafgesetzbuches verlöre andernfalls als ganz unnötig jeden Sinn! Die Kontroverse soll „im Sinne des § 82 des Bremer Entwurfs“ gelöst werden und diese Lösung besteht gerade in der Gleichbehandlung beider Spielarten von „**persönlichen Umständen**“!

⁶² Vergleiche dazu auch oben S. 51 bis 55; dort ist geschildert, wie Schwarze, der an der Gesetzgebungsarbeit zum StGB an führender Stelle beteiligt war, es geradezu als Selbstverständlichkeit ansah, daß § 50 auch die strafbegründenden Merkmale umfaßt.

⁶³ Das gilt vor allem für die ersten Jahre nach 1870, als die Benutzung der Motive doch noch näher lag als heute und vor allem auch den Hinweisen auf § 82 des Bremer Entwurfs und auf Ortolan doch wohl mit weitaus geringeren Schwierigkeiten als heute (vgl. oben Anm. 47 und 54) nachgegangen werden konnte.

⁶⁴ Vgl. dazu bereits oben S. 63 den Hinweis auf § 133 BGB.

⁶⁵ Unter — notwendiger! — Beachtung der Rechtssprache von 1870; vgl. oben S. 58 ff.

⁶⁶ z. T. sind diese Gedanken schon im **ersten, kritischen Teil** dieser Arbeit zur Widerlegung der h. M. verwendet, z. T. bei der Darstellung der verschiedenen abweichenden Meinungen auch lediglich referierend vorgetragen worden; insoweit genügt dann hier eine knappe zusammenfassende Darstellung oder auch ein bloßer Hinweis.

⁶⁷ Insbesondere bei diesen generellen Widersprüchen gilt das in der letzten Anm. Gesagte; unten, im Zusammenhang mit Art. 3 GG wird hierauf nochmals eingegangen werden.

⁶⁸ Vgl. dazu aber oben S. 56 ff.

Frage nach der Strafbarkeit überhaupt aber über Bord geworfen werden. Die darin liegende Inkonsequenz wird besonders deutlich, wenn man sich zwei Teilnehmer vorstellt, von denen der eine Intraneus ist, der andere Extraneus. Bei der Teilnahme am **echten** Sonderdelikt werden sie gleich behandelt, bei der Beteiligung am **unechten** Sonderdelikt wird dann aber „im Interesse gerechter Beurteilung nach individueller Verantwortlichkeit“ differenziert. Man könnte das überspitzt dahin formulieren, daß nur das „unechte Sonderdelikt“ in Wahrheit ein „echtes Sonderdelikt“ sei, denn nur dann tritt eine Sonderbehandlung ein⁶⁹.

Die Systemwidrigkeiten, zu denen die herrschende Lehre zwangsläufig führt, treten bei der Betrachtung der einzelnen Delikte noch deutlicher hervor:

Ein Beamter, der für eine pflichtwidrige Handlung ein Geschenk annimmt, wird mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren bestraft (§ 332); der Extraneus, der ihm zu diesem Zweck das Geschenk macht, wird gemäß § 333 nur mit Gefängnisstrafe belegt⁷⁰. Derjenige Extraneus dagegen, der einen ihm befreundeten Beamten, der in einer solchen Situation steht und noch schwankt, ob er auf ein Angebot eines Bestechers eingehen soll, zum Mitmachen etwa dadurch endgültig veranlaßt, daß er ihm für den Fall der Weigerung einen Dummkopf schilt, muß mit Zuchthaus bestraft werden. Nach der herrschenden Meinung ist Teilnahme an den Delikten der einfachen und schweren passiven Bestechung nämlich unbegrenzt möglich, solange es sich nicht gerade um diejenige Form der Teilnahme handelt, die in § 333 erfaßt ist⁷¹.

Ein derartiges Ergebnis **kann** nicht richtig sein. Es würde bedeuten, daß die Mitwirkung in der Form des § 333, die doch zweifellos gegenüber einem bloßen, u. U. sogar uneigennützigen, Rat die gefährlichere und strafwürdigere Art der Beteiligung ist, im Falle des § 332 die Strafe mildern, im Falle des § 331 sie sogar ausschließen würde⁷². § 333 wäre unverständlich, wenn der Gesetzgeber davon ausgegangen wäre, daß die Teilnahme des Extraneus an den §§ 331, 332 sowieso strafbar, im Falle des § 332 also sogar mit Zuchthaus bedroht sei. Denn es ist nicht der geringste Grund dafür zu sehen, dann ausgerechnet die gefährliche, eigennützige und typische Form des Vorgehens, wie sie in § 333 beschrieben ist, mit einer milderen Strafe zu versehen, dagegen es für die anderen Formen der Teilnahme, etwa für die bloße Erteilung eines Rates, bei den schweren Strafen, die den Beamten selbst treffen, auch für den Außenstehenden zu belassen. Bei § 331 wäre die Folge noch merkwürdiger: Die „einfache“ Teilnahme ist strafbar, die in der qualifizierten Form des § 333 erfolgende dagegen straflos. Es kann aber nicht im Ernst behauptet werden, daß die Funktion des § 333 darin bestehe, die im Falle der Teilnahme sowieso eintretende strenge Bestrafung oder Strafbarkeit überhaupt gerade in den dort beschriebenen Fällen abzumildern oder gar ganz auszuschließen: Hätte der Gesetzgeber die aktive Bestechung überhaupt nicht erwähnt, so wäre nach der herrschenden Meinung die Folge die, daß sie schwerer (im Falle des § 332), oder überhaupt (bei § 331) bestraft werden müßte!

Eine vernünftige Erklärung kann § 333 also nur dann finden, wenn man davon ausgeht, daß **ohne** diese Bestimmung die Teilnahme eines Extraneus an den §§ 331, 332 eben **straflos** wäre. An dieser Straflosigkeit hat das Gesetz in dem Fall des § 331 überhaupt nichts, bei § 332 nur für den Beteiligten etwas geändert, der sich der besonders geeigneten und gefährlichen Mittel des Geschenkanbietens usw. bedient⁷³. Die Auffassung der herrschenden Meinung stellt diese schon aus der bloßen Existenz des § 333 sich ergebende Funktion auf den Kopf.

Diese systematischen Überlegungen werden durch einen Blick auf die Motive und die Entstehungsgeschichte des StGB bestätigt: Im Entwurf Juli 1869 war zunächst (als § 311) die einfache passive Bestechung aufgenommen worden. § 336 dieses Entwurfs bestimmte dann aber:⁷⁴

„Nehmen Personen, welche keine Beamten sind, an einem der in diesem Abschnitt verzeichneten Verbrechen oder Vergehen teil, so sollen, insoweit nicht Ausnahmen bestimmt sind, die allgemeinen Grundsätze über die Bestrafung der Teilnehmer Anwendung finden. (Abs. 2)

Auf den in § 311 vorgesehenen Fall bezieht sich diese Bestimmung nicht.“ (Abs. 3)

⁶⁹ Daß die Besonderheit des echten Sonderdelikts darin bestehe, daß ein Extraneus hier nie als Täter bestraft werden dürfe, ist, wenigstens bei **vielen** Vertretern der h. M., ein folgenloses Spiel mit Worten. Denn der an untergeordneter Stelle tätige Intraneus, der nach allgemeinen Grundsätzen als Gehilfe betrachtet werden müßte, wird dann kurzerhand in den Rang des Täters erhoben, so daß einer Bestrafung des dann zum Teilnehmer degradierten Extraneus nichts im Wege steht. Vgl. oben S. 41.

⁷⁰ Daß es sich bei § 333 materiell um Anstiftung oder Beihilfe zu § 332 — je nachdem, von wem der Gedanke ausging — handelt, ist anerkannt. Vgl. Schöнке-Schröder, § 333 Anm. I.

⁷¹ Vgl. Schöнке-Schröder § 331 Anm. VI 2 und § 332 Anm. VI, mit weiteren Nachweisen.

⁷² Schöнке-Schröder, § 331 Anm. VI 2: Der Bestecher könne nicht (bei § 331) wegen Teilnahme bestraft werden, solange seine Tätigkeit gerade in der Form des § 333 bestehe; sonst sei die Teilnahme aber auch hier strafbar!

⁷³ Damit sind natürlich auch alle die Extranen erfaßt, die sich an diesem Geschenkanbieten, sei es als Anstifter, sei es als Gehilfe, beteiligen.

⁷⁴ In § 336 I findet sich die Definition des Beamtenbegriffs.

Daraus ergibt sich zunächst, daß die dem heutigen § 50 entsprechende Regelung des damaligen § 41 III für die Beamtendelikte generell ausgeschlossen sein sollte⁷⁵. Nach § 336 Abs. 2 hätte es also auch eine strafbare Beteiligung eines Extranen an der einfachen passiven Bestechung gegeben. Dies wurde jedoch durch Abs. 3, der sich als Rückausnahme zur Ausnahme des Abs. 2 darstellt, also zur Grundregel des § 41 III zurückkehrt, ausdrücklich ausgeschlossen. Nach dem Entwurf Juli 1869 war demnach die Teilnahme an der einfachen passiven Bestechung nicht strafbar. Im Entwurf Dezember wurde dann die einfache passive Bestechung ganz gestrichen⁷⁶, da dieser Tatbestand nicht „eine strafrechtliche Figur bildet, vielmehr der Dienstpragmatik es überlassen werden muß, inwieweit der Beamte in solchen Fällen zurechtzuweisen ist“⁷⁷. In die endgültige Fassung des StGB wurde die einfache passive Bestechung dann zwar wieder aufgenommen; da in der Zwischenzeit aber der den Gedanken des § 50 für die Amtsdelikte ausschließende § 336 II Entwurf Juli ersatzlos aufgehoben worden war⁷⁸, bestand für diese Rückausnahme nach dem Vorgang des § 336 III Entwurf Juli kein Anlaß mehr. Da jetzt auch die Amtsdelikte von dem Grundsatz des § 50 erfaßt waren, verstand es sich von selbst, daß eine Teilnahme an den Bestechungstatbeständen für einen Extranen **nur** nach Maßgabe des § 333 strafbar war.

Die für das Gebiet der §§ 331 — 333 oben angestellten systematischen Erwägungen haben sich also durch den Rückgriff auf die Motive bestätigt.

Ähnliche Überlegungen lassen sich auch für das Verhältnis der Begünstigung im Amt (§ 346) zur einfachen Begünstigung (§ 257) sowie für die §§ 354 (Verletzung des Postgeheimnisses) und 299 (Verletzung des Briefgeheimnisses) anstellen. Insoweit kann jedoch auf die Ausführungen im kritischen Teil dieser Arbeit verwiesen werden⁷⁹. Allen diesen Fällen ist gemeinsam, daß der Gesetzgeber für einen besonderen Kreis von Personen (Verfolgingsbeamte, Postbeamte oder Beamte allgemein) eine breite Skala von Handlungen, und zwar unter verhältnismäßig hoher Strafdrohung verbietet. Daneben normiert er die besonders gravierenden Begehungsweisen (z. B. § 257 nur für Vergehen und Verbrechen) generell und verbietet sie auch allen anderen Bürgern, wenn auch mit geringerer Strafdrohung⁸⁰. Dieses Vorgehen hat, wenn man der herrschenden Meinung folgen wollte, genau den umgekehrten Effekt erzielt wie beabsichtigt: Beteiligt sich der Laie an der minder schweren Dienstverletzung, stiftet er etwa einen Postbeamten dazu an, ihm für einige Minuten einen fremden Brief zum Studium von Adresse und Absender zu überlassen, dann trifft ihn genau wie den Beamten die Strafe des Amtsdelikts (Gefängnis **nicht** unter 3 Monaten)⁸¹, veranlaßt er dagegen, daß der Postbeamte den Brief **öffnet**, dann wird der Extraner mit der milden Strafe des § 299 (Gefängnis **bis** zu 3 Monaten) belegt.

Bei dem Verhältnis der §§ 257 und 346 ergibt sich die gleiche Widersinnigkeit: Stiftet der Extraner zur amtlichen Begünstigung eines **Übertretungstäters** an, so ist er mit **Zuchthaus** zu bestrafen. Hilft er in gleicher Weise einem **Verbrecher**, bewendet es bei § 257⁸². Alle diese willkürlichen Diskrepanzen werden vermieden, wenn man, wie es der Wortlaut des § 50 mindestens zuläßt⁸³, die Motive aber eindeutig erfordern⁸⁴, die Übertragbarkeit eines persönlichen Umstands nicht davon abhängig macht, ob er gerade strafbegründend oder strafverändernd wirkt.

⁷⁵ Vgl. dazu schon oben S. 58 ff.; die Übertragbarkeit der Beamtenqualität war also generell, die unechten wie die echten Amtsdelikte gleichermaßen betreffend, angeordnet worden! Vgl. noch unten Anm. 77.

⁷⁶ Der Abschnitt über die Amtsdelikte beginnt in § 328 sofort mit der schweren passiven Bestechung.

⁷⁷ Motive und Entwurf Dezember S. 146; gestrichen wurde auch der oben zitierte Absatz II des § 336 Entwurf Juli, ohne daß dazu auch nur ein Wort der Erläuterung zu finden wäre. Offenbar gehen beide Streichungen auf die damals insbesondere von nicht-preussischer Seite erhobenen Angriffe zurück, daß die fast unverändert aus dem Preussischen Strafgesetzbuch übernommene Handhabung der Amtsdelikte im Entwurf Juli zu streng sei. Jedenfalls bestätigt der ersatzlose Wegfall des § 336 II, daß sich § 48 des Entwurfs Dezember (= § 50 StGB) nunmehr auch auf **alle** Amtsdelikte bezieht; vgl. schon oben § 12 Anm. 75.

⁷⁸ Vgl. dazu die letzte Anmerkung.

⁷⁹ Vgl. oben S. 3 und S. 7 ff.

⁸⁰ Dem Postbeamten ist in § 354 z. B. nicht nur das **Öffnen** eines Briefes (wie dem Laien in § 299), sondern in gleicher Weise auch seine Unterdrückung (wozu ein Beiseiteschaffen für nur wenige Minuten genügt!) verboten; vgl. dazu schon oben S. 8.

⁸¹ Vgl. die oben zitierte Entscheidung des RG, S. 7 ff.

⁸² Vgl. oben S. 3; insbes. dazu, daß die Versuche, § 346 in **vollem Umfang** als echtes Sonderdelikt anzusehen, konstruktiv unhaltbar sind und offensichtlich nur deshalb angestellt werden, um diese Diskrepanz der Strafen zu vermeiden!

⁸³ Vgl. oben S. 58 ff.

⁸⁴ Vgl. oben S. 63 bis 68.

4. Umkehrschluß oder Analogie?

Nachdem sich oben⁸⁵ herausgestellt hat, daß der Wortlaut des § 50 II nicht nur nicht eindeutig lediglich die strafändernden Umstände erfaßt, sondern auch auf die strafbegründenden Merkmale mindestens passen kann, wäre es an sich müßig, über die Unzulässigkeit eines Umkehrschlusses noch viele Worte zu machen. Denn daß ein Umkehrschluß nur dann zulässig ist, wenn der umzukehrende Obersatz **eindeutig** sich mit anderen Begriffen beschäftigt als denen, für die seine Ungültigkeit durch die Umkehrung gerade nachgewiesen werden soll, liegt auf der Hand.

Da aber die Zulässigkeit dieser logischen Figur im Falle des § 50 gerade von scharfsinnigen Schriftstellern immer wieder behauptet wurde⁸⁶, soll hier unterstellt werden, daß § 50 seinem Wortlaut nach wirklich nur die strafändernden Merkmale im technischen Sinn erfasse⁸⁷.

Es wird sich dabei ergeben, daß ein derartiger Umkehrschluß selbst aus einem **so** verstandenen § 50 II nicht gezogen werden kann. Auch hier wird sich zeigen, wie es oft bei tieferem Eindringen in ein Problem geschieht, daß „hinter gewichtigen Worten wie ‚logisch begründet‘, ‚zwingende Folgerungen‘, ‚Analogie- oder Umkehrschluß‘ oft nur undeutliche Vorstellungen oder Scheinargumente“⁸⁸ verborgen sind.

§ 50 Abs. 2 lautet in der seit 29. 5. 1943 geltenden Fassung:

(Grund)

Bestimmt das Gesetz, daß besondere persönliche Eigenschaften oder Verhältnisse die Strafe schärfen, mildern oder ausschließen,

(Folge)

so gilt dies nur für den Täter oder Teilnehmer, bei dem sie vorliegen.

Der Eintritt einer bestimmten Rechtsfolge wird von bestimmten Voraussetzungen abhängig gemacht und im Verhältnis von logischem Grund und logischer Folge ausgedrückt⁸⁹. In eine etwas übersichtlichere⁹⁰ und den Denkfiguren der Logik angepaßte Form gebracht, kann man § 50 II auch so ausdrücken:

Wenn Umstände⁹¹ erstens persönlicher Natur sind und zweitens strafändernd⁹² wirken, so werden sie nur dem Teilnehmer⁹³ zugerechnet, bei dem sie vorliegen.

Auch diese Formulierung ist indes noch nicht eindeutig genug. Denn auch diesen Teilnehmern werden die bei ihnen vorliegenden Umstände nicht **notwendig** zugerechnet; es müssen auch noch die sonstigen Voraussetzungen der Strafbarkeit vorliegen: Es darf weder die Rechtswidrigkeit noch die Schuld — etwa in Folge relevanten Irrtums gerade bezüglich der im Vordersatz genannten Eigenschaften — ausgeschlossen sein. Der eindeutige Sinn des § 50 II liegt denn auch nicht darin, etwa eine zwingende Zurechnung für die die besondere Eigenschaft besitzenden Teilnehmer anzuordnen, sondern darin, die **anderen** Teilnehmer von der Zurechnung von vornherein auszunehmen. Man kann daher, immer in Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung, auch so formulieren:

Wenn Umstände, die nur bei einem Teilnehmer vorliegen, erstens persönlicher Natur sind und zweitens strafändernd wirken,

so werden sie dem anderen Teilnehmer⁹⁴ nicht zugerechnet.

Erst jetzt ist die **Folge** zwingend. Ein Umkehrschluß ist aber erst dann zulässig, wenn die **Voraussetzung notwendig**, und nicht etwa nur hinreichend ist; es darf sich nicht um eine sogenannte „Stets wenn A, dann B“ —, sondern um eine „nur wenn A, dann B“-Relation

⁸⁵ Vgl. S. 58 ff., insbes. S. 63

⁸⁶ Vgl. oben S. 19 bis 21

⁸⁷ Gleichzeitig kann dadurch, daß seine Anwendung auf die strafbegründenden Umstände sich auch bei einer derartigen Wortauslegung ergibt, dem Argument Sauers von der gesetzlichen Sanktionierung dieser — anfangs nicht bestehenden — Differenzierung durch die Verordnung von 1943 jede Bedeutung genommen werden; vgl. dazu schon oben S. 24.

⁸⁸ Spendel a. a. O. S. 442; auch im folgenden hält sich Verfasser im wesentlichen an die von Spendel bei Widerlegung des Umkehrschlusses aus § 59 dargestellten logischen Figuren. Weitere Nachweise s. daher dort, insbes. S. 449–459; vgl. dazu auch die klare Darstellung der möglichen Schlußfiguren bei Krug, S. 134 ff.

⁸⁹ Wie bei fast allen Rechtssätzen; vgl. Spendel, a. a. O. S. 449; Englisch a. a. O. S. 9.

⁹⁰ Vgl. Spendel a. a. O. S. 449.

⁹¹ Dies soll hier als Oberbegriff für „Eigenschaft und Verhältnis“ dienen, ohne etwa die Frage, **was** im einzelnen zu diesen Eigenschaften und Verhältnissen gehört, zu präjudizieren.

⁹² „Strafändernd“ soll hier das „strafausschließend“ mitumfassen, da es hier ja nur auf den Gegensatz zum „strafbegründend“ ankommt.

⁹³ Teilnahme i. w. S., also auch Täterschaft umfassend.

⁹⁴ Nur aus Gründen der besseren Übersicht ist die Formulierung auf 2 Teilnehmer beschränkt; entsprechendes gilt natürlich bei größerer Teilnehmerzahl. „Teilnahme“ ist hier i. S. von „Beteiligung“ zu verstehen.

handeln⁹⁵. Mit anderen Worten, die Voraussetzungen, an die der Eintritt der Rechtsfolge geknüpft ist, dürfen nicht ersetzbar sein. Dies soll an zwei Beispielen erläutert werden:

1. Die „nur wenn A, dann B“-Relation (intensive Implikation):
(Nur) wenn ein Täter zurechnungsfähig ist,⁹⁶
dann darf er bestraft werden.

Hier ist ein Umkehrschluß zulässig; denn wenn eine **notwendige** Bedingung eines Erfolges entfällt, entfällt damit mit Sicherheit auch die Folge⁹⁷. Der **hier** also zulässige Umkehrschluß lautet:
Wenn ein Täter **nicht** zurechnungsfähig ist,
darf er nicht bestraft werden.

2. Die „stets wenn A, dann B“-Relation (extensive Implikation):
(Stets) wenn ein Täter rechtmäßig handelt,
dann ist er straflos.

Hier ist die Rechtmäßigkeit der tatbestandsmäßigen Handlung zwar hinreichend, um die Folge der Straflosigkeit zu bedingen; es gibt aber auch noch andere Gründe, die die gleiche Folge haben. Der Täter kann z. B. entschuldigt sein, oder es kann an einer bloßen Strafbarkeitsbedingung fehlen.

Der Umkehrschluß: Wenn ein Täter nicht rechtmäßig (sondern rechtswidrig) handelt,
dann ist er strafbar,
wäre daher falsch, da unzulässig.

Es ist folglich zu überlegen, ob die in § 50 II geforderten Voraussetzungen für die Nichtzurechnung der besonderen Umstände des einen Täters auf den anderen Täter notwendige oder nur hinreichende Bedingungen sind, mit anderen Worten, ob man den Vordersatz des § 50 II mit „nur wenn“ oder lediglich „stets wenn“ beginnen kann. Dabei stellt sich sogleich heraus, daß es sich nur um eine **hinreichende** Voraussetzung der Nichtzurechnung handelt. Denn die Folge, die Nichtzurechnung von Umständen, die nur bei einem Teilnehmer vorliegen, kann auch aus anderen Gründen eintreten, etwa deswegen, weil sie dem Teilnehmer unbekannt waren oder er nicht zurechnungsfähig war⁹⁸. Es gibt also Umstände, die dem Teilnehmer nicht zugerechnet werden, obwohl die in § 50 II genannten Voraussetzungen nicht erfüllt sind.

Diese Voraussetzungen sind also nicht **notwendige**, sondern nur **hinreichende** Bedingungen der „Nichtzurechnung“. Eine Nur-Wenn-Relation läßt sich folglich nicht bilden; ein Umkehrschluß dahin, daß Umstände, die nicht strafändernd (sondern strafbegründend) wirken, somit **allen** Teilnehmern zuzurechnen seien, ist daher unzulässig⁹⁹.

Selbst wenn man also den Wortlaut des § 50 II in diesem engen Sinne interpretieren und nur auf die strafändernden Umstände beziehen wollte, wäre ein Umkehrschluß auf die strafbegründenden Umstände unzulässig.

Genau so unzulässig aber wäre es, nun zu behaupten — wie es aber oft geschieht¹⁰⁰, — jetzt stehe einer Analogie nichts mehr im Wege¹⁰¹. Der Umkehrschluß ist eine logische Figur, und ob er unzulässig oder zulässig ist, beantwortet sich allein nach den Regeln der Logik; danach ist, wie soeben gezeigt, der Umkehrschluß im Falle des § 50 II unzulässig. Ob dagegen ein Analogieschluß gestattet ist, bestimmt sich nach teleologischen Überlegungen, nämlich danach, ob der Begriff B in den gleichen „Ähnlichkeitskreis“¹⁰² gehört wie der Begriff A, für den allein die betreffende Rechtsfolge zunächst angeordnet wurde¹⁰³. Im Fall des § 50 muß man also

⁹⁵ Vgl. Klug, S. 133.

⁹⁶ Ein ähnliches Beispiel bildet Klug S. 44. Natürlich sind auch noch andere Voraussetzungen zu erfüllen, damit die Folge „Strafbarkeit“ eintritt; die Zurechnungsfähigkeit ist aber jedenfalls eine **notwendige** Voraussetzung.

⁹⁷ Die *conditio sine qua non*-Formel ist nichts anderes als die Anwendung des Satzes vom hinreichenden Grund.

⁹⁸ Der A wollte den B nur zum einfachen Delikt anstiften, B bricht aber ohne Wissen des A ein („sachlicher“ Umstand) oder der neugierige X veranlaßt den ihm flüchtig bekannten Y zum Geheimnisverrat, ohne zu wissen, daß Y Rechtsanwalt ist (strafbegründender Umstand).

⁹⁹ Zur Unzulässigkeit des Umkehrschlusses bei derartigen „Stets-Wenn-Relationen“ ausführliche, auf die klassische wie auf die moderne Logik eingehende Begründung bei Klug, S. 22 ff., insbesondere S. 129—134.

¹⁰⁰ Vgl. Nachweise und Kritik bei Klug a. a. O. S. 134 ff.

¹⁰¹ Auch hier soll wieder, wie bei der Frage des Umkehrschlusses, von der „engen“ Auslegung des Wortlautes ausgegangen werden; denn wenn man schon den Wortlaut des § 50 II auf die strafbegründenden Umstände erstreckt, bedarf es keiner Analogie mehr. Die Ausführungen im Text sind daher als zusätzliche Argumente aufzufassen, falls gegen die Beweiskraft der „Wortlauttheorie“ und der Motive doch noch Zweifel bestehen sollten.

¹⁰² Klug S. 135; vgl. auch schon S. 128.

¹⁰³ Wie hier bezüglich § 50 — gegen die eigene Überzeugung, im Anschluß an die herrschende Meinung — einmal unterstellt werden soll.

fragen, ob die strafändernden persönlichen Merkmale mit den strafbegründenden in dem gleichen „Ähnlichkeitskreis“ stehen. Dazu genügt nicht, daß man „irgendeine partielle Gleichheit“¹⁰⁴ feststellen kann, denn in irgendeiner Hinsicht besteht auch zwischen den verschiedensten Begriffen oder Gegenständen eine Übereinstimmung¹⁰⁵; entscheidend ist vielmehr, ob die beiden zu vergleichenden Objekte in den **wesentlichen** Punkten einander gleich oder ähnlich sind. Es sei zugegeben, daß im Einzelfall gerade diese Feststellung, was nämlich als „wesentlich“ angesehen werden muß, Schwierigkeiten bereiten kann. Darauf kommt es in der hier zu lösenden Frage aber nicht an. Denn strafbegründende und strafändernde persönliche Merkmale stimmen nicht nur in „wesentlichen Punkten“ überein, sie sind vielmehr **völlig identisch**: Es ist die **gleiche** Beamteneigenschaft, die **gleiche** Gewerbsmäßigkeit, die in einem Falle strafbegründend, in einem anderen Fall aber strafändernd wirkt¹⁰⁶. Die Beamteneigenschaft ist bei einem echten Amtsdelikt keine andere als bei einem unechten; nicht die Begriffe selbst sind also voneinander geschieden, sondern lediglich ihre zufällige konstruktive Wirkung. Daß **dieser** Unterschied bei der Frage nach einem **sachlichen** Unterschied keine Rolle spielen kann, ist offensichtlich. Ein anderes Vorgehen würde einen Zirkelschluß bedeuten:

1. Das zu lösende Problem ist, ob man die in § 50 II für die strafändernden Merkmale angeordnete Rechtsfolge auch für die strafbegründenden Umstände gelten lassen muß.
2. Die Frage zu 1. entscheidet sich danach, ob beide Gruppen von Umständen wesentliche sachliche Unterschiede aufweisen.
3. Derartige Unterschiede sind nicht nur nicht aufzufinden, beide Gruppen sind vielmehr **identisch**.
4. Da sie sich aber gerade darin unterscheiden, daß die erste Gruppe nur strafändernd, die zweite Gruppe aber strafbegründend wirkt, dürfen sie nicht gleichbehandelt werden.

Es liegt auf der Hand, daß die in Ziffer 4. herangezogene „Begründung“ lediglich in einer Wiederholung der Ausgangsposition besteht: Strafbegründende persönliche Merkmale sind deshalb von den strafändernden Merkmalen zu unterscheiden und daher auch verschieden zu behandeln, weil es eben strafbegründende Merkmale sind! Mit einer derartigen Deduktion könnte man aber **jeden** Analogieschluß ad absurdum treiben.

Als Ergebnis ist daher festzuhalten, daß eine analoge Anwendung des in § 50 II für die strafändernden¹⁰⁷ Umstände ausgesprochenen Übertragungsverbotes auf die strafbegründenden Merkmale unabweisbar ist, weil ein **sachlicher** Unterschied zwischen beiden Gruppen von Merkmalen nicht besteht.

Die Richtigkeit dieser Deduktion soll durch eine weitere Überlegung erhärtet werden: Man könnte den § 50 II, ohne seinen Inhalt — so wie ihn die herrschende Meinung versteht — zu verändern, auch so formulieren:

Persönliche Merkmale, die nur bei **einem** Teilnehmer vorliegen, üben einen strafverändernden¹⁰⁸ Einfluß nur bei dem jeweiligen Teilnehmer selbst aus.

Eine analoge Anwendung käme hier nicht in den Voraussetzungen¹⁰⁹ infrage, sondern in den **Rechtsfolgen**; mit anderen Worten, wenn das Gesetz expressis verbis die Übertragbarkeit persönlicher Umstände im Falle der **Strafänderung** ausschließt, so ist zu überlegen, ob der Fall der **Strafbegründung** in denselben „Ähnlichkeitskreis“¹¹⁰ gehört, ob also zwischen Straf-erhöhung und Strafbegründung wesentliche Unterschiede bestehen.

Bestehen solche Unterschiede nicht, so muß das, was für die Strafänderung angeordnet ist, analog auch für die Strafbegründung gelten.

Derartige Unterschiede können auch in diesem Fall nicht festgestellt werden: Beim unechten Amtsdelikt „erhöhe“ das Merkmal „Beamter“ die Höchststrafe des Grunddelikts von — so sei hier einmal angenommen — einem Jahr Gefängnis auf fünf Jahre Gefängnis. Es läßt sich nicht abstreiten, daß das Merkmal „Beamter“ dann der „Grund“ für die über ein Jahr hinausgehende Strafmöglichkeit ist. Die Beamteneigenschaft „begründet“ also auch beim unechten Amts-

¹⁰⁴ Klug S. 128.

¹⁰⁵ Klug a. a. O. bringt dazu das treffende Beispiel, daß zwei Gegenstände im extremsten Fall wenigstens „im Hinblick auf ihre Eigenschaft des Gegenstandseins“ übereinstimmen.

¹⁰⁶ Vgl. dazu die Beispiele oben S. 40 ff.

¹⁰⁷ Es sei nochmals darauf hingewiesen, daß nach der oben S. 58 begründeten Auffassung des Verfassers schon der **Wortlaut** des § 50 die strafbegründenden Umstände erfaßt; es wurde hier lediglich zugunsten der herrschenden Meinung unterstellt, daß § 50 seinem Wortsinn nach nur die strafändernden Merkmale erfassen soll.

¹⁰⁸ Wegen der strausausschließenden Merkmale vgl. oben Anm. 92.

¹⁰⁹ Der „Persönlichen Merkmale“ nämlich, denn dieser Begriff umfaßt ja unstreitig auch die strafbegründenden Umstände.

¹¹⁰ Vgl. oben S. 72.

delikt die Strafe¹¹¹ insoweit, als sie über der des Grunddelikts liegt. Die Übertragung dieses — zusätzlichen — Strafgrundes „Beamter“ ist gemäß § 50 ausgeschlossen.

Wenn nun die Beamteneigenschaft nicht der Grund dafür ist, daß ein schon vorhandener Strafrahmen von einem Jahr auf fünf Jahre Gefängnis ausgedehnt wird, also nicht eine zusätzliche Strafe¹¹², sondern die Strafe überhaupt begründet, dann kann von einer wesentlichen Verschiedenheit nicht gesprochen werden. In beiden Fällen „begründet“ die Beamteneigenschaft eine Strafe, beim unechten Amtsdelikt nämlich die zusätzlich androhte, beim echten Amtsdelikt die Strafe überhaupt, aber in beiden Fällen ist eben die Beamteneigenschaft der Grund der Strafe; und zwar nicht nur der logische, sondern auch der sachliche Grund: Die zusätzliche Strafe — beim unechten Amtsdelikt — wird nur deshalb „begründet“, weil die Tat von einem Beamten begangen wurde, und die Strafe überhaupt — beim echten Amtsdelikt — wird nur deshalb ausgeworfen, weil ein Beamter gehandelt hat.

Was daher für die „Straferhöhung“ gilt, muß auch bei der „Strafbegründung“ beachtet werden. Der Einwand, daß diese Erwägungen zu den Begriffen „Erhöhung“ und „Begründung“ gekünstelt seien, kann nicht erhoben werden. Die unerquickliche Situation hat ihren Grund allein darin, daß von der herrschenden Meinung eine derart künstliche Trennung in Strafänderung und Strafbegründung überhaupt vorgenommen wird¹¹³. Es ist oben gezeigt worden, daß in den Jahren vor 1870 niemand, auch nicht der Gesetzgeber, an eine derartige Trennung gedacht hat, und daß man in der Auslegung des § 50 nur deshalb an dem „buchstäblichen Sinne des Ausdrucks“ haften geblieben ist¹¹⁴, weil man — irrig! — unerwünschte Konsequenzen für die Teilnahme an den Unzuchtsdelikten usw. befürchtet hat¹¹⁵.

Was „künstlich“ getrennt wird, kann auch nur „künstlich“ wieder zusammengefügt werden. Denn im Grunde, das sei hier wiederholt¹¹⁶, ist es eine Selbstverständlichkeit, daß Regeln, die für die Veränderung einer bestimmten — vorhandenen — Größe aufgestellt werden, auch für die durch Schaffung dieser Größe selbst eintretende Veränderung gelten: Beides ist „Veränderung“ — des bestehenden Zustandes, sei er nun mit 0 oder mit + 10 zu bezeichnen — und beides ist „Schaffung oder Gründung“ — nämlich dessen, was hinzugefügt wird, ob es sich nun um 0 + 3 oder um 10 + 3 handelt. Und es ist nicht nur selbstverständlich, daß für beide Vorgänge die gleichen Regeln gelten, sondern genauso klar, daß mit einem Begriff, der dem reinen Wortlaut nach nur einen der Vorgänge deckt, beide gemeint sind, — jedenfalls dann, wenn im Zeitpunkt der Schaffung dieses Begriffes eine derartige Differenzierung von niemand gebraucht wurde und es daher überflüssig schien, durch narrensichere Wortwahl Mißverständnisse zu vermeiden¹¹⁷.

Zu den Argumenten des Wortlauts, der Motive und der Strafsystematik hat sich daher als weitere Begründung auch der Analogieschluß¹¹⁸ gesellt, der eine Differenzierung nach Strafbegründung und Strafänderung verbietet.

5. Der Gleichheitsgrundsatz, Artikel 3 GG.

Selbst wenn man keinem der bisher entwickelten Argumente volle Überzeugungskraft zustehen wollte, wenn man also beispielsweise davon ausginge, daß durch die Neufassung des § 50 im Jahre 1943 die „strafändernden persönlichen Merkmale“ im Sinne der in der Zwischenzeit entwickelten Terminologie eindeutig gesetzlich sanktioniert worden seien, wenn man weiter aus dieser Neufassung den Schluß ziehen wollte, daß auch eine Analogie unzulässig sei,¹¹⁹ selbst dann bestünden gegen die Richtigkeit der herrschenden Meinung durchgreifende Bedenken. Da sich diese Bedenken aus dem Grundrecht des Art. 3 GG ergeben, könnten nämlich selbst eindeutige Erklärungen des — der Verfassung untergeordneten — Gesetzes keine Beachtung finden¹²⁰.

Es ist ein allseits anerkannter Grundsatz, daß die Grundrechte, insbesondere der Gleichheitssatz, nicht nur für die Anwendung von Gesetzen durch Rechtsprechung und Verwaltung gelten,

¹¹¹ Zum Unterschied Strafrahmen — konkrete Strafe vgl. noch unten S. 76

¹¹² Vgl. letzte Anmerkung.

¹¹³ Vgl. dazu oben §§ 2 bis 7.

¹¹⁴ zu § 133 BGB; vgl. schon oben S. 62 ff

¹¹⁵ Vgl. oben insbes. S. 15 f und auch unten S. 83 ff

¹¹⁶ Vgl. oben S. 58 ff

¹¹⁷ Vgl. dazu oben S. 58 ff

¹¹⁸ Der Umkehrschluß konnte dagegen mit Sicherheit ausgeschlossen werden.

¹¹⁹ Wie es anscheinend Sauer tut. Vgl. oben S. 24 und die Gegenargumente S. 24 f

¹²⁰ Das ist vor allem auch bei der Kritik am Entwurf 1960 und an den einschlägigen Bestimmungen des Wehrstrafgesetzbuches von Bedeutung; vgl. unten § 18.

sondern daß sich ihre Bindungswirkung auch auf den Gesetzgeber selbst erstreckt¹²¹. Umso mehr ist der Gleichheitssatz bei der „Auslegung zweifelhafter Begriffe“¹²² zu beachten. Der Gleichheitssatz wird durch „alle ungerechtfertigten Unterscheidungen und alle ungerechtfertigten Nichtunterscheidungen“¹²³ verletzt, er gebietet, „sachverhältlich Gleiches... rechtlich gleich, sachverhältlich Ungleiches... rechtlich ungleich zu behandeln“¹²⁴; der Gesetzgeber darf nicht „künstliche Gleichheiten“, ebensowenig aber auch „künstliche Ungleichheiten“¹²⁵ schaffen. Ob es nun in einem bestimmten Fall sich um sachverhältlich Gleiches oder Ungleiches handelt, kann nur durch eine präzise Gegenüberstellung der jeweiligen „Vergleichsobjekte und deren rechtlich bedeutsamen Merkmale und Beziehungen“¹²⁶ festgestellt werden. Dazu aber ist erforderlich „eine Analyse der Lage desjenigen, der sich auf eine Differenzierung defensiv (gegenüber einer lästigen Benachteiligung) oder postulativ (gegenüber einer unterlassenen, ihm günstigeren Handhabung der öffentlichen Gewalt) beruft, im Vergleich zu anderen vergleichbaren, die unberührt geblieben sind“¹²⁷, nämlich im ersten defensiven Falle, oder im zweiten postulativen Fall, im Vergleich zu jenen, bei denen auf Grund eines ähnlichen Unterschieds die günstigere Handhabung, nämlich eine Differenzierung, eintritt. Bei dieser Gegenüberstellung wird sich in der Regel ergeben, daß in gewissen Punkten Übereinstimmung, in anderen Punkten aber Unterschiede bestehen. Die Frage, die dann zu beantworten ist, ist die, „welche dieser Unterschiede irrelevant, welche dagegen relevant sind“¹²⁸. Selbst wenn man nun bei der Beantwortung dieser Frage nicht lediglich, wie es die herrschende Meinung in Wissenschaft und Praxis tut, auf die allgemeinen und daher unbestimmten Begriffe wie „Willkürverbot“, „Natur der Sache“ abstellt und nur fragt, ob eine etwaige Ungleichbehandlung „vernünftig“ und „adäquat“¹²⁹ sei, sondern — in Übereinstimmung mit der auch insoweit einschränkenden Lehre Ipsens¹³⁰ — die Relevanz oder Irrelevanz eines festgestellten Unterschiedes danach bemißt, ob das Gesetz selbst „hat erkennen lassen, welche Unterschiede es anerkennen und welche es gleichbehandeln will“¹³¹, ergibt sich das Verbot der Übertragbarkeit von strafbegründenden persönlichen Umständen mit Notwendigkeit.

Die Anwendung der soeben entwickelten Methode — wie Relevanz oder Irrelevanz eines vorhandenen Unterschiedes festzustellen sei — auf das hier zu lösende Problem ergibt folgendes:¹³²

Der Laie L und der Beamte B stiften gemeinsam¹³³ den Beamten T zu einem echten Amtsdelikt an; nach der herrschenden Meinung ist der Strafraum¹³⁴ des Amtsdelikt auf L und B in gleichem Maße anwendbar. Verschiedene Sachverhalte werden also gleichbehandelt. Die Gemeinsamkeit zwischen L und B besteht darin, daß beide anstiften, der Unterschied dagegen ergibt sich daraus, daß B Beamter, L aber gerade nicht Beamter ist. Dieser tatsächliche Unterschied läßt aber nur dann eine rechtliche Gleichbehandlung zu, wenn das Gesetz an anderer Stelle hat erkennen lassen, daß es einen derartigen Unterschied nicht anerkennt und auch in anderen Fällen diesen tatsächlichen Unterschied ohne Einfluß auf die eintretenden Rechts-

¹²¹ Vgl. etwa BVerfGE 9 S. 206, 6 S. 423 ff. (§ 175 — Urteil) und 3, S. 240. Hamann, Art. 3 Anm. B 3); v. Mangoldt-Klein, Art. 3 Anm. III 1) bis III 3); nach Erich Kaufmann richtet sich der Gleichheitssatz sogar „vor allem und in erster Linie an den Gesetzgeber“ (a. a. O. S. 249). Ipsen (a. a. O. S. 155 ff.) dagegen will Art. 3 Abs. 1 nur für die Rechtsanwendung gelten lassen; der Gesetzgeber sei nur durch die Absätze 2 und 3 gebunden; ob der einschränkenden Meinung Ipsens zuzustimmen ist, kann hier dahinstehen und zwar aus zwei Gründen: einmal deshalb, weil es ja gerade um die Anwendung des Gesetzes, nämlich seine Auslegung geht und zum zweiten auch deshalb, weil hier nicht nur Abs. 1 des Art. 3, sondern auch sein Abs. 3 als verletzt anzusehen ist; zu diesem letzten Punkt vgl. eingehend unten S. 78.

¹²² Erich Kaufmann, S. 261; nichts anderes versteht auch das BVerfG, wenn es von „verfassungskonformer Auslegung“ spricht; vgl. dazu BVerfGE 1, S. 32, 2, S. 267; insbesondere aber S. 282.

¹²³ Erich Kaufmann, S. 253.

¹²⁴ v. Mangoldt-Klein, Art. 3 Anm. III 1).

¹²⁵ v. Mangoldt-Klein, a. a. O.

¹²⁶ Ipsen, S. 177.

¹²⁷ Ipsen, S. 179.

¹²⁸ Ipsen, S. 180.

¹²⁹ Eine eingehende Darstellung und Kritik dieser Lehre findet sich bei Ipsen, S. 181 ff., insbes. S. 184.

¹³⁰ Vgl. schon oben S. 74; bei Ipsen finden sich die einschlägigen Ausführungen insbesondere auf S. 186 ff.

¹³¹ Vgl. schon Ipsen, S. 186.

¹³² Zur Erhöhung der Anschaulichkeit sei von einem konkreten Fall ausgegangen; zugleich ist damit den in der Lehre z. T. erhobenen Zweifeln daran, ob der Gleichheitssatz auch zur Bewertung „sachlicher Situationen“ oder nur für die Vergleichung des Status von **Personen** herangezogen werden dürfe, Rechnung getragen; vgl. dazu im einzelnen Ipsen, S. 180 Anm. 226.

¹³³ Lediglich der Deutlichkeit halber ist hier auf eine gemeinsame Anstiftung mit einem Intraneus abgestellt; man könnte genauso gut den Beamten B weglassen; vergleichbar wären dann L und T unmittelbar; der „Unterschied“ Beamter — Nichtbeamter träte auch in diesem Fall genauso auf.

¹³⁴ Zu dem Versuch, nicht den Strafraum, sondern die konkrete Strafe allein entscheidend sein zu lassen vgl. im Text S. 76—77.

folgen läßt. Da das Gesetz aber gerade das Gegenteil davon getan hat, nämlich beim unechten Amtsdelikt aus dem unterscheidenden tatsächlichen Merkmal „Beamter“ auch unterschiedliche Rechtsfolgen ableitet, ist man auch „in anderen, anscheinend offenen Fällen“¹³⁵ an diese vom Gesetz selbst anerkannte Differenzierung gebunden. Würden L und B nicht zu einem echten, sondern zu einem unechten Amtsdelikt anstiften, dann wäre der Strafraum des Amtsdelikts nur auf den B anwendbar. Die Tatsache, daß es sich um ein Amtsdelikt handelt, hätte, wenigstens bezüglich des **Strafrahmens**,¹³⁶ auf L keinerlei Einfluß. Daß ein **Beamter** die Tat ausgeführt hat, dürfte den L nicht belasten, und zwar gerade wegen des bezüglich der Beamteneigenschaft festgestellten Unterschiedes. Da das Gesetz also hat erkennen lassen, daß es diesen Unterschied **anerkennt**, ist es ein Erfordernis des Gleichheitsgrundsatzes, daß dieser Unterschied auch in dem Ausgangsfall anerkannt wird. Andernfalls würden ungleichartige Fälle (L und B), die nicht nur tatsächlich ungleich sind, sondern deren Unterschiedlichkeit vom Gesetz auch anerkannt wurde, gleichbehandelt werden.

Um einem naheliegenden Mißverständnis vorzubeugen: Es ging soeben nicht um einen Vergleich der Teilnahme am echten mit der Teilnahme am unechten Amtsdelikt, so daß das Ergebnis etwa mit der Erwägung angreifbar wäre, es handle sich eben um unvergleichbare Fälle¹³⁷. Es ging vielmehr um die Vergleichung nur **innerhalb** der Teilnahme am echten Sonderdelikt: Ist es mit dem Gleichheitssatz vereinbar, daß ein teilnehmender Extraneus dem gleichen Strafraum unterfällt wie ein teilnehmender Intraneus? Die Beantwortung dieser Frage war davon abhängig, ob der zwischen beiden Teilnehmern bestehende Unterschied (Beamter — Nichtbeamter)¹³⁸ vom Gesetz, wenn auch an anderer Stelle, anerkannt wird, oder ob das Gesetz diesen Unterschied für unbeachtlich erklärt und unterschiedlos die gleichen Rechtsfolgen eintreten läßt. Es hat sich gezeigt, daß das Gesetz dem bestehenden tatsächlichen Unterschied Rechnung trägt, und daß es daher einen Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz bedeutet, diesen relevanten Unterschied bei der Teilnahme am echten Sonderdelikt unbeachtet zu lassen.

Gegen diese Folgerung kann man auch nicht etwa einwenden, es käme gar nicht so entscheidend auf den **Strafraum**, sondern auf die **konkret** verhängte Strafe an, und hierbei könne man dem Unterschied Beamter — Nichtbeamter Rechnung tragen. Dabei würde man aber zweierlei verkennen: Das Gebot der Gleichbehandlung gleicher Sachverhalte und das hier relevante entsprechende Gebot der Verschiedenbehandlung verschiedener Sachverhalte richtet sich auch an den **Gesetzgeber**; hat das Fehlen der entsprechenden Sonderqualität beim unechten Sonderdelikt zur Folge, daß der der Sonderqualität des Täters¹³⁹ entsprechende **Strafraum** auf den Extraneus nicht angewendet werden darf, dann muß die gleiche Folge auch beim echten Sonderdelikt eintreten. Andernfalls wäre der Satz, das Gleichbehandlungsgebot binde auch den Gesetzgeber, für das Gebiet des Strafrechts ohne Bedeutung¹⁴⁰: Die Gleichbehandlung **kann** sich insoweit nur darin zeigen, daß sie sich schon in den **Strafraum** ausdrückt.

Noch eine weitere Überlegung spricht gegen den Versuch, den **Strafraum** gegenüber der konkreten Strafe zurücktreten zu lassen, und daher im Aufstellen gleicher Strafraum für ungleiche Sachverhalte allein noch keine Verletzung des sich aus Art. 3 GG ergebenden Grundrechts zu sehen: Bei den unechten Sonderdelikten wird der Extraneus **überhaupt nicht** aus dem Strafraum des Sonderdelikts bestraft, er wird so behandelt, als ob es ein derartiges Sonderdelikt gar nicht gäbe, oder so, als ob der andere Tatbeteiligte ebenfalls kein Beamter wäre¹⁴¹. Überträgt man diese Grundsätze auf das echte Sonderdelikt, so liegt es

¹³⁵ Ipsen S. 186.

¹³⁶ Wegen der konkreten Strafe selbst vgl. unten S. 76 ff

¹³⁷ Daß das zudem unrichtig ist, wurde schon oben gezeigt; vgl. S. 72 ff

¹³⁸ Dies gilt in entsprechender Weise natürlich auch für sonstige „Sonderqualitäten“, die einmal strafbegründend, einmal strafändernd wirken. Vgl. oben S. 40 ff

¹³⁹ Oder eines anderen Teilnehmers.

¹⁴⁰ Abgesehen von den seltenen absoluten Strafen.

¹⁴¹ Das gilt jedenfalls für den Strafraum; es mag in diesem Zusammenhang daher offenbleiben, ob innerhalb des Strafraums des Grunddelikts es verwertet werden darf, daß der Extraneus mit einem Beamten zusammengearbeitet hat, wie es oft behauptet wird; m.E. ist auch das unzulässig. § 50 II verbietet **jede** Berücksichtigung der bei einem Teilnehmer gegebenen Sonderqualität bei den anderen Teilnehmern; so anscheinend auch LK § 50 Anm. 15: es verstehe sich von selbst, daß persönliche Umstände auch nur bei dem Teilnehmer für die **Strafzumessung** wirksam seien, bei dem sie persönlich vorlägen. Ganz eindeutig ist die Stellungnahme des Leipziger Komm. hier allerdings nicht, denn in Anm. 14 heißt es zunächst, bei § 50 II handle es sich nur um die Feststellung des Strafraums und in Anm. 15 zu Beginn wird nochmals betont, § 50 betreffe nicht die Strafzumessung innerhalb des gegebenen Strafraums; näher begründet wird diese Auffassung allerdings nicht; warum man darauf angewiesen sein soll, daß es sich „von selbst versteht“ wo es sich doch unschwierig aus § 50 entnehmen läßt, ist auch nicht recht ersichtlich; eindeutig und ausdrücklich für die Relevanz des § 50 auch bei der **Strafzumessung** Schönke-Schröder § 50 Anm. I am Ende! (In Anm. VI ist er dann aber wieder der gegenteiligen Ansicht)

auf der Hand, daß es mit einer bloßen Strafminderung¹⁴² innerhalb des Strafrahmens nicht getan sein kann. Denn auch beim unechten Sonderdelikt wird dessen Strafrahmen nicht lediglich gemildert, sondern völlig unberücksichtigt gelassen. Die einzig mögliche Konsequenz beim echten Sonderdelikt ist daher die, auch hierbei auf das Sonderdelikt selbst nicht zurückzugreifen und, da es an einer sonstigen Strafdrohung fehlt, den extranen Teilnehmer ungestraft zu lassen. Jedes andere Vorgehen würde das aus Art. 3 GG sich ergebende Gebot, verschiedene Sachverhalte bei festgestellter Relevanz dieser Unterschiedlichkeit auch rechtlich verschieden zu behandeln, und zwar in der gleichen Weise, wie das Gesetz dieser Unterschiedlichkeit selbst — an anderer Stelle — Rechnung trägt, verletzen.

Das auf diese Weise für die strafbegründenden Umstände gewonnene Ergebnis beruht — insoweit in Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung — darauf, daß durch § 50 II sachverhaltliche Verschiedenheiten vom Gesetz als relevant und daher eine Verschiedenbehandlung rechtfertigend angesehen werden. Es ist — im Rahmen der hier vorgenommenen verfassungsrechtlichen Prüfung — jetzt nur noch die Frage zu untersuchen, ob der Gesetzgeber mit der Anordnung, die er in § 50 II gegeben hat, nicht etwa selbst gegen den Gleichheitsgrundsatz verstoßen hat. Man könnte nämlich, indem man die oben eingehaltene Reihenfolge der Prüfung umkehrt, vom Boden der herrschenden Meinung aus wie folgt argumentieren: Es stehe fest, daß bei echten Sonderdelikten, also bei Vorliegen strafbegründender persönlicher Merkmale, der Gesetzgeber den extranen und den intranen Teilnehmer gleichbehandeln wolle und auch tatsächlich gleichbehandele. Damit habe das Gesetz klar zum Ausdruck gebracht, daß es den zwischen den beiden Teilnehmern bestehenden Unterschied für unbeachtlich ansehe und daher die gleichen Rechtsfolgen in beiden Fällen eintreten lassen wolle. Nicht die Gleichbehandlung bei den echten Sonderdelikten, sondern die Ungleichbehandlung, die durch § 50 II bei den unechten Sonderdelikten angeordnet sei, verstoße daher gegen Art. 3 GG. § 50 II sei daher verfassungswidrig und man müsse auch bei der Teilnahme am unechten Sonderdelikt immer auf den Strafrahmen dieses Delikts zurückgreifen¹⁴³.

Der Gedanke Ipsens,¹⁴⁴ man müsse, wenn in irgendeinem Punkte **zweifelhaft** sei, ob einem tatsächlich bestehenden Unterschied Relevanz zukomme, prüfen, ob das Gesetz diesen Unterschied an anderer Stelle klar anerkenne, wäre damit allerdings ziemlich auf den Kopf gestellt: Denn hier würde nicht die bezüglich der unechten Sonderdelikte in § 50 II angeordnete Relevanz dieses Unterschiedes dazu benutzt, um die wenigsten dem reinen Wortlaut nach offene Frage nach der Bewertung dieses Unterschieds beim echten Sonderdelikt zu beantworten, sondern man würde umgekehrt aus der sonstwie begründeten Entscheidung in der problematischen Frage die Unrichtigkeit der ausdrücklichen gesetzlichen Lösung beim unechten Sonderdelikt folgern. Schon deswegen wäre eine derartige Argumentation abzulehnen. Angesichts der aber fast als Gewohnheitsrecht anzusehenden Meinung, bei der Teilnahme am echten Sonderdelikt sei der zwischen einem Extraneus und einem Intraneus bestehende Unterschied irrelevant¹⁴⁵, wäre ein solches Vorgehen wenigstens insoweit nicht von vornherein von der Hand zu weisen, als damit lediglich behauptet würde, das Recht sehe den Unterschied Extraneus — Intraneus einmal als irrelevant (beim echten Sonderdelikt), einmal als relevant an (beim unechten Sonderdelikt). In einem solchen Falle käme man mit dem Vorschlag Ipsens, das Gesetz selbst über Relevanz oder Irrelevanz eines Unterschiedes entscheiden zu lassen, nicht weiter. Jetzt käme es also allein darauf an, welche Entscheidung — relevant oder irrelevant — **sachlich** gerechtfertigt ist.

Dabei¹⁴⁶ ergäbe sich folgendes:

Im allgemeinen bedarf es keiner besonderen Rechtfertigung, wenn an einem tatsächlich bestehenden Unterschied auch unterschiedliche Rechtsfolgen geknüpft werden; diese Unterschiede dürfen lediglich „für das zu ordnende Lebensverhältnis“ nicht ohne jede Bedeutung, sondern

¹⁴² Oder auch einer generellen Herabsetzung dieses Strafrahmens, wie es z. B. Mezger u. a. (vgl. oben § 7) vorschlagen.

¹⁴³ Wie dies ja von einigen Schriftstellern — wenn auch ohne ausdrücklichen Rückgriff auf den Gleichheitsgrundsatz — tatsächlich behauptet wird, vgl. oben § 8.

¹⁴⁴ a. a. O. S. 186; vgl. dazu schon oben S. 75.

¹⁴⁵ Wenigstens für den Strafrahmen; vgl. dazu aber oben S. 76, insbes. Anm. 141.

¹⁴⁶ Die folgenden Überlegungen sind also de lege lata — abgesehen vom Wehrstrafgesetzbuch (vgl. dazu diese Anm. a. E.) — nur dann von Bedeutung, wenn man der h. M. im weitestmöglichen Umfang entgegenkommen, die Übertragbarkeit strafbegründender persönlicher Umstände also — etwa qua Gewohnheitsrecht — gleichrangig der Nichtübertragbarkeit strafändernder persönlicher Merkmale zur Seite stellen wollte. Daß das unmöglich ist, ist oben bereits gezeigt worden; die folgende Untersuchung rechtfertigt sich daher vor allem im Hinblick auf den Entwurf 1960 (vgl. dazu unten S. 96) und das Wehrstrafgesetzbuch (s. unten S. 95), es wäre untunlich, dort erneut mit einer Prüfung des Art. 3 GG zu beginnen.

müssen im Gegenteil so bedeutsam sein, „daß sie bei einer am Gerechtigkeitsgedanken orientierten Betrachtungsweise beachtet werden müssen“.¹⁴⁷ Wenn daher auf dem Gebiet des Strafrechts das Gesetz eine erhöhte Strafbarkeit oder die Strafbarkeit überhaupt davon abhängig macht, daß eine bestimmte Tat gewerbs- oder gewohnheitsmäßig, mit gewinnstüchtiger Absicht usw. begangen wird, dann kann gegen die Verschiedenbehandlung zweier Täter, von denen der eine die betreffende Voraussetzung erfüllt, der andere aber nicht, nichts eingewendet werden. Denn, daß diese Merkmale „für das zu ordnende Lebensverhältnis“ bedeutsam sind, kann ernsthaft nicht bezweifelt werden.¹⁴⁸ Die in § 50 II für den Fall der Strafänderung angeordnete Verschiedenbehandlung derartig unterschiedlicher Verhaltensweisen ist also mit dem Gleichheitsgrundsatz nicht nur vereinbar, sondern wird von ihm mit Notwendigkeit gefordert. Würde das Gesetz diese Unterschiede unbeachtet lassen, würde es gröblich „einer am Gerechtigkeitsgedanken orientierten Betrachtungsweise“ widersprechen. Dem kann nicht entgegengehalten werden, daß das Gesetz nur bei sehr wenigen Tatbeständen die Gewerbsmäßigkeit usw. als Strafverschärfungsgrund anführt. Denn dort, wo es dies unterläßt, geht es davon aus, daß mit dem gewöhnlichen Strafraum auch diese Fälle erfaßt werden können. Ein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz ist bei derartigen Tatbeständen daher nur bei der **Anwendung** des Strafraums möglich, wenn etwa ein Gericht bei im übrigen völlig gleichen Sachverhalt den nicht gewohnheitsmäßig handelnden A dem Gewohnheitstäter B völlig gleichstellen würde. Benutzt dagegen das Gesetz selbst ein derartiges Merkmal, um den Strafraum für ein bestimmtes Verhalten zu erhöhen — oder auch erst zu schaffen! —, dann kann es nicht ohne Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz die Anwendung dieses Strafraums auch auf solche Täter anordnen, bei denen die betreffenden Umstände nicht vorliegen. Die für die strafändernden Merkmale geltende Regelung ist also in demselben Maße mit dem Gleichheitssatz vereinbar, wie das Vorgehen der Praxis und der herrschenden Meinung in der Theorie bei den strafbegründenden Umständen eine ungerechtfertigte Gleichbehandlung verschiedener Sachverhalte darstellt und daher den Verfassungsgrundsatz der Gleichheit verletzt.

Es war bisher nur die Rede von „Gewerbs- und Gewohnheitsmäßigkeit“, „Gewinnssucht“ und ähnlichen, auf ein konkretes, vom Täter bei der Tat beobachtetes Verhalten oder eine damit verbundene Gesinnung abstellenden Begriffen. Eine daran anknüpfende Verschiedenbehandlung hat sich als zulässig, eine etwaige gleichwohl angeordnete Gleichbehandlung als unzulässig erwiesen. Gleiches gilt, wie sich unschwer nachweisen läßt, auch von dem ein besonderes persönliches Verhältnis darstellenden Begriff der Beamteneigenschaft. In Art. 3 III GG, in dem ausdrücklich eine an einen persönlichen Status, wie Abstammung, Rasse, Sprache, Heimat usw. anknüpfende Verschiedenbehandlung verboten ist, sind Ausdrücke wie Stand, Beruf und ähnliche nicht aufgenommen. Es ist ein im deutschen Staats- und Verfassungsrecht anerkannter Grundsatz, daß die unter besonderen Gewaltverhältnissen¹⁴⁹ stehenden Bürger sich eine Verschiedenbehandlung gegenüber der Allgemeinheit der anderen Gewaltunterworfenen gefallen lassen müssen und daß eine solche Verschiedenbehandlung, soweit es der mit den jeweiligen besonderen Gewaltverhältnis verfolgte Zweck erfordert, sogar geboten ist¹⁵⁰. Ein Bürger, der in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis steht und darum mit besonderen Aufgaben betraut und zu deren Erfüllung mit Machtbefugnissen ausgestattet ist, unterliegt gerade deshalb besonderen Verpflichtungen. Ist es erlaubt, zur Erfüllung besonderer Aufgaben auch besondere Pflichten aufzuerlegen, dann kann darin, daß die Verletzung dieser besonderen Pflichten auch strafrechtlich besonders erfaßt wird, und ein Angehöriger eines derartigen Personenkreises daher größeren Beschränkungen unterliegt als ein Staatsbürger schlechthin¹⁵¹, eine Verletzung des Rechts auf Gleichbehandlung nicht gesehen werden. Auch hier ist es also mit dem Gleichheitssatz nicht nur vereinbar, sondern ergibt sich aus ihm mit Notwendigkeit, daß der einer besonderen Bindung unterliegende Bürger auch strafrechtlich besonders behandelt wird. Dagegen ist es untersagt, einem Beamten, der eine ihm obliegende Amtspflicht verletzt und dadurch — überhaupt oder in erhöhtem Maße — strafbar wird, einen anderen Rechtsunterworfenen gleichzusetzen, der dieser besonderen Bindung nicht unterliegt. Andernfalls würde der zwischen beiden bestehende, vom Recht als relevant anerkannte Unterschied mißachtet, das sich aus Art. 3 GG ergebende Grundrecht verletzt.

¹⁴⁷ Vgl. dazu und im folgenden BVerfGE 9, S. 206 sowie Hamann, Art. 3 GG Anm. B 4.

¹⁴⁸ Das Gegenbeispiel bildet etwa die Rassengesetzgebung in den Jahren nach 1933.

¹⁴⁹ Zu denen das Beamtenverhältnis in erster Linie gehört; vgl. Art. 33 GG.

¹⁵⁰ Vgl. dazu v. Mangoldt-Klein-Ann. zu Art. 3 Absatz III (S. 213) und Vorbemerkung B XVI Nr. 3 (S. 135); Jellinek S. 13; Krüger S. 237; Grewe S. 49 f.; Scheuner S. 88 und schließlich BVerfGE 3 S. 153.

¹⁵¹ Vgl. die oben Anm. 150 genannten Autoren, insbes. v. Mangoldt-Klein, S. 213.

6. Ergebnis.

Es ist daher unzulässig, bei der Frage nach der Übertragbarkeit persönlicher Umstände einen Unterschied danach zu machen, ob das betreffende Merkmal gerade strafbegründenden oder strafändernden Charakter hat. Das hat sich aus dem Wortlaut der untersuchten Vorschrift¹⁵², vor allem aber aus den Motiven¹⁵³ zu § 50 ergeben. Eine andere Auffassung würde in unerklärliche Widersprüche im Verhältnis der bei den einzelnen Tatbeständen angedrohten Strafen führen.¹⁵⁴ Selbst wenn man die bei der Betrachtung des Wortlautes und der Motive gewonnenen Erkenntnisse beiseite läßt, § 50 II also in der herkömmlichen Weise versteht, kann man zu einem anderen Ergebnis nicht gelangen: Der oft gezogene Umkehrschluß auf die strafbegründenden Umstände hat sich als unzulässig erwiesen¹⁵⁵, während einer analogen Anwendung nicht nur nichts im Wege steht, eine Analogie vielmehr, wenn irgendwo, dann hier, unabweisbar geboten ist.¹⁵⁶

Selbst unter Verzicht auf alle diese Argumente, etwa bei der Annahme, die übliche Verfahrensweise bei den echten Sonderdelikten sei Gewohnheitsrecht¹⁵⁷ geworden, hat sich die herrschende Meinung wegen des Verstoßes gegen Art. 3 GG als nicht haltbar erwiesen: Der Gleichheitssatz verlangt gebieterisch, daß die für den Fall der Strafänderung ausdrücklich angeordnete Nichtübertragbarkeit persönlicher Merkmale auch bei den echten Sonderdelikten, also bei strafbegründenden Umständen, beachtet wird. Schließlich hat sich auch das letzte mögliche Bedenken, daß die durch § 50 II geforderte Verschiedenbehandlung von Verhaltensweisen, die bei auf das jeweilige persönliche Merkmal übereinstimmen, selbst dem Gleichheitssatz zuwiderlaufe, als nicht tragfähig gezeigt.¹⁵⁸ § 50 II ist nicht nur mit dem Gleichheitssatz vereinbar, er ist nichts anderes als die Anwendung dieses Prinzips auf das Strafrecht: Gleiches gleich, ungleiches aber ungleich zu behandeln.

Der bereits in den Motiven ausgesprochene Satz, daß § 50 zu nichts anderem diene, als dem „*forum cunctis*“ auch im Strafrecht „zur Geltung zu verhelfen“, läßt sich nicht, mit welchen Mitteln auch immer, auf das Prokrustesbett einer künstlichen Differenzierung nach strafbegründenden und strafändernden Merkmalen spannen¹⁵⁹.

¹⁵² Vgl. S. 56 ff. bei vorschneller Bewertung der dort vorgetragenen Argumente läßt sich wenigstens gegen, daß der Wortlaut einer Gleichbehandlung nicht entgegensteht, vgl. insbes. S. 62 ff.

¹⁵³ Vgl. oben S. 63—68.

¹⁵⁴ Vgl. oben S. 68—71.

¹⁵⁵ Vgl. oben S. 71—72.

¹⁵⁶ Vgl. oben S. 72—74.

¹⁵⁷ Zu den Gründen die eine derartige Annahme ausschließen, vgl. oben S. 24, die Bedeutung der Anführung des Art. 3 GG liegt daher vor allem in den Auswirkungen auf den Entwurf 1950, vgl. unten S. 96 ff.

¹⁵⁸ Vgl. S. 77 ff.

¹⁵⁹ Die strafbegründenden Merkmale entsprechen denjenigen Opfern dieses Wegelagerers, die zu groß waren und denen denen die Gleichmaß gekürzt wurden. „Strafbegründende Umstände unterfallen nie dem Gebot des *forum cunctis*“. Für strafändernde Umstände dagegen paßt das Bett immer, auch wenn sie mit Gewalt gestreckt werden müssen. Auch im Zivilrecht besteht Übereinstimmung: Strafe kann bei einem derartigen Vorgehen immer verhängt werden!

II. Nach welchen sachlichen Maßstäben bemißt sich die Übertragbarkeit (Oder: Was ist ein besonderer persönlicher Umstand im Sinne des § 50 II)?

Es ist im Verlauf der Arbeit der Nachweis versucht worden, daß bei der Beantwortung dieser Frage ein Abstellen auf die überkommene Differenzierung in strafbegründende und strafändernde Merkmale nicht nur untunlich, da nicht sachgerecht, sondern auch unzulässig ist, da ein derartiges Vorgehen in Widerspruch zu Wortlaut und Sinn des § 50 steht und darüber hinaus dem in Art. 3 GG verkörperten Gleichheitssatz zuwiderläuft. Daraus ergibt sich, daß für den jetzt folgenden Teil der Arbeit weder auf die in der Rechtsprechung noch auf die überwiegend auch in der Literatur vertretenen Meinungen¹ zurückgegriffen werden kann, die alle übereinstimmend von dieser als grundlegend angesehenen, sachlich aber durch nichts begründeten Differenzierung ausgehen.

Im Anschluß an die im kritischen Teil der Arbeit wiedergegebene Ansicht derjenigen Autoren², die — wenn auch zum Teil nur de lege ferenda — von einer Gleichbehandlung strafbegründender und strafändernder Umstände ausgingen, ist jetzt also zu fragen, nach welchen **sachlichen** Kriterien die Übertragbarkeit persönlicher Umstände festgestellt werden kann. Es wird sich dabei zeigen, daß insbesondere die Auffassungen Kohlers³ und Piotets⁴, nicht zuletzt auch die bei der Kritik an Piotet festgestellte Bedeutung der Normadresse⁵ die maßgeblichen Gesichtspunkte zur Lösung dieses Problems bereits enthalten.

Es ist nicht zu fragen, wie ein derartiges Merkmal konstruktiv — im Endergebnis — auf die **Strafe** einwirkt, denn das verschleiert, wie gezeigt wurde, das Erkennen des sachlichen Problems. Zu untersuchen ist vielmehr, an welcher Stelle des Deliktsaufbaus der jeweilige „persönliche Umstand“ einzuordnen ist, d. h., ob er auf den Tatbestand, die Rechtswidrigkeit, die Schuld oder gar nur auf die Strafbarkeit oder die bloße Strafverfolgungsmöglichkeit einwirkt und ob es nach den für **diese** Begriffe geltenden Gesetzen möglich und zulässig ist, ein bei dem Tatbeteiligten A vorliegendes persönliches Merkmal auch dem Tatbeteiligten B zuzurechnen. Bei der Diskussion innerhalb der herrschenden Meinung wurde dieser Gesichtspunkt entweder überhaupt nicht gesehen oder er wurde von der Trennung in strafbegründende und strafändernde Umstände in verwirrender Weise überlagert:

Ein persönliches Merkmal, das sich „nur“ strafändernd auswirkte, war a priori unübertragbar, während für alle strafbegründenden Umstände der gegenteilige Schluß gelten sollte. Dabei wurde weiter übersehen, daß § 50 II nicht von „persönlichen Umständen“ schlechthin spricht, somit die Übertragbarkeit **jedes** persönlichen Merkmals verbietet, sondern nur von „besonderen“ persönlichen Umständen handelt⁶. Daraus ergibt sich mit Notwendigkeit, daß das Gesetz von der Existenz auch **anderer** persönlicher Umstände ausgeht, für die die Regelung des § 50 nicht gelten soll. Die Aufgabe der nun folgenden Untersuchung besteht daher darin, die Grenzen zwischen diesen „allgemeinen“ — und daher übertragbaren — und den in § 50 genannten „besonderen persönlichen Merkmalen“ aufzufinden. Man könnte dabei einmal so vorgehen, daß man alle denkbaren „persönlichen Merkmale“ vornimmt, und sie nach Maßstäben, die noch aufzustellen wären, darauf überprüft, ob sie als „allgemein oder als „besonders“ anzusehen sind. Dabei würden sich jedoch erhebliche Schwierigkeiten insoweit ergeben, als eine überzeugende Trennungslinie zwischen den sehr unklaren und weiten Begriffen des Allgemeinen und des Besonderen schwerlich aufzufinden wäre. Methodisch würde sich dieses Vorgehen an die Lehren von Krug⁷ und Redslob⁸ anschließen, die beide — wie oben gezeigt erfolglos — bemüht waren, eine klare Trennung von sachlichen und persönlichen Merkmalen durchzuführen. Ähnlich müßte es auch der Unterscheidung in „allgemeine“ und „besondere“ persönliche Merkmale ergehen, wenn man dabei etwa auf den Wortsinn beider Begriffe abstellen wollte.

Ein anderes Vorgehen ist daher angezeigt. Es wurde oben schon erwähnt, daß sich ein „persönlicher Umstand“ in den verschiedensten Stockwerken der allgemeinen Deliktsmerkmale

¹ Vgl. oben §§ 2 bis 7.

² Vgl. oben §§ 8 bis 10.

³ Vgl. oben S. 47 ff und unten S. 83 ff

⁴ Vgl. oben S. 40 ff und unten S. 82

⁵ Vgl. oben S. 44 und unten S. 83

⁶ Bei Schöнке-Schröder z. B. findet sich in der Kommentierung des § 50 zu der Bedeutung des Worts „besondere“ auch nicht der geringste Hinweis.

⁷ Vgl. oben S. 34 bis 36

⁸ Vgl. oben S. 33

aufhalten kann. Die Methode, diese allgemeinen Deliktsmerkmale selbst daraufhin zu untersuchen, ob sie eine Übertragung des bei einem Tatbeteiligten vorliegenden persönlichen Merkmals auf einen anderen Beteiligten zulassen, bietet sich daher gleichsam von selbst an. Gleichzeitig ist damit der allgemein geltenden Forderung Genüge getan, bei der Lösung einer bestimmten, noch offenen Frage nach Möglichkeit auf bekannte Begriffe und Lösungen in anderen Fragen zurückzugreifen, anstatt eine vielleicht zusammenhanglose neue Lehre zu entwickeln. Ein solches Vorgehen ist gerade im vorliegenden Fall nicht nur methodisch richtig, sondern auch sachlich unumgänglich notwendig: Denn wenn ein „persönliches Merkmal“ tatsächlich zur Schuld, zum Tatbestand oder zur Rechtswidrigkeit gehört, dann muß das, was für diese Begriffe allgemein gilt⁹, auch für das ihnen jeweils untergeordnete „persönliche Merkmal“ gelten¹⁰.

Die Unterscheidung der übertragbaren von der nichtübertragbaren „persönlichen Umständen“ ergibt sich bei Beachtung dieser Methode nahezu von selbst¹¹. Nachdem sich herausgestellt haben wird, in welchen Bereichen des Deliktsaufbaus eine Übertragbarkeit ausgeschlossen ist und in welchen nicht, ist nur noch festzustellen, zu welchem allgemeinen Deliktsmerkmal ein bei den einzelnen Tatbeständen jeweils auftauchender persönlicher Umstand gehört¹².

1. Prozeßvoraussetzungen und reine Strafbarkeitsmerkmale.

Nähere Ausführungen zu diesem Punkt sind nicht notwendig. Auch auf die manchmal umstrittene Abgrenzung der beiden in der Überschrift genannten Punkte¹³ braucht hier nicht eingegangen zu werden. Es versteht sich von selbst und wird wenigstens in neuerer Zeit, auch nicht bestritten, daß die nur in der Person eines von mehreren Tatbeteiligten vorliegenden Voraussetzungen positiver oder negativer Art wie Strafantrag, Verjährung, Immunität oder Exterritorialität für die anderen Tatbeteiligten ohne jede Bedeutung sind¹⁴. Niemand käme hier auf die Idee, aus dem Umstand, daß § 50 II nur die straffausschließenden¹⁵ Verhältnisse ausdrücklich erfaßt, für die positiven Strafbarkeitsmerkmale etwa zu folgern, daß es insoweit genüge, wenn sie nur bei einem von mehreren Beteiligten vorlägen¹⁶. Es verbietet allein schon der Begriff der sich immer nur auf die Verfolgbarkeit oder die Strafbarkeit eines bestimmten Täters richtenden Voraussetzung, daß aus dem Vorliegen dieser Voraussetzung bei den Beteiligten A irgendwelche Schlüsse auf den Beteiligten B gezogen werden. Von einer Übertragbarkeit persönlicher Merkmale im Bereich der Strafverfolgungs- und — reinen — Strafbarkeitsbedingungen kann also keine Rede sein. Hier gilt also der Satz, daß „ein jeder nur nach seinen Verhältnissen beurteilt werden dürfe“, in vollem Umfang.

2. Schulselemente.

Das gleiche muß aber auch für die Schuld gelten. Versteht man mit Mezger unter Schuld die „persönliche Vorwerfbarkeit der rechtswidrigen Handlung“¹⁷, den „Inbegriff von in der Person des Handelnden gelegenen tatsächlichen Voraussetzungen der Strafe“¹⁸ oder, mit Schröder,

⁹ Ähnlich auch Piotet; vgl. oben S. 40 bis 46.

¹⁰ Daß diese naheliegende Schlußfolgerung nicht schon längst gezogen wurde, beruht allein auf der hier bereits sattsam als willkürlich verworfenen Unterscheidung in strafbegründende und strafändernde Umstände.

¹¹ Lediglich unter dem Punkt „Rechtswidrigkeit“ bedarf es einiger näherer Ausführungen; z. T. kann jedoch auch dabei auf die bereits oben bei der Kritik an Piotet gegebene Darstellung verwiesen werden; vgl. unten S. 82 ff.

¹² Auch diese Prüfung wird ziemlich knapp gehalten werden können, da eine Übertragbarkeit lediglich im Bereich des Tatbestandes sich als möglich herausstellt und daher im übrigen offenbleiben kann, ob die außerhalb des Tatbestandes liegenden „persönlichen Merkmale“ zur Rechtswidrigkeit oder zur Schuld oder nur zur Strafbarkeit gehören.

¹³ Z. B. bezüglich des Strafantrags; vgl. dazu Schönke-Schröder § 61 Anm. II; siehe auch Weizel, Lehrbuch (6. Aufl.) S. 53 f. (§ 10 IV d).

¹⁴ Hierher gehören auch die zweifellos „persönlichen Eigenschaften“ des Ehegatten oder Verwandten in den §§ 247 II und 257 II; es wird, soweit ersichtlich, in diesem Zusammenhang etwa ein Unterschied für das „strafbegründende“ Merkmal, daß z. B. für nur einen Beteiligten ein Strafantrag gestellt wurde, nicht anerkannt. Kennzeichnend ist dabei jedoch, daß man die reinen straffausschließenden Gründe dem § 50 II unterordnet (vgl. z. B. Schönke-Schröder § 50 Anm. IV 2 c), bei den in der gleichen Ebene liegenden reinen Strafbarkeitsbegründungsmerkmalen aber gar nicht auf § 50 abstellt, sondern die Gleichbehandlung als selbstverständlich ansieht.

¹⁵ Die h. M. versteht darunter die reinen Strafbarkeitsmerkmale, allerdings wie gesagt nur solche negativer Art, vgl. etwa Schönke-Schröder § 50 Anm. IV 2 c);

¹⁶ Was doch wenigstens für die naheläge, die in dem Strafantrag keine bloße Prozeßvoraussetzung, sondern ein echtes Strafbarkeitsmerkmal sehen; vgl. die Nachweise bei Schönke-Schröder § 61 Anm. II am Ende.

¹⁷ Mezger, Lehrbuch, S. 247; für die angreifbare Formulierung Weizels: „rechtswidrige Willensbildung bezüglich der einzelnen Tat“ gilt insoweit nichts anderes.

¹⁸ An die sich dann das Werturteil über diesen Schuldsachverhalt anschließt (normative Schuldauffassung) Mezger, Lehrbuch S. 248.

„die seelischen Beziehungen des Täters zu seiner Tat“¹⁹, dann ist die Folgerung unabweisbar, daß es immer auf die **eigenen** „seelischen Beziehungen“ eines Tatbeteiligten ankommt, daß die „in der Person“ eines anderen gelegenen tatsächlichen Voraussetzungen eben nicht die bei dem jeweils zu Beurteilenden vorhandenen „tatsächlichen Voraussetzungen“ sind. Verbietaet so der Schuldbegriff selbst, von dem Vorliegen der Schuld bei einem Tatbeteiligten auf die Schuld eines anderen Beteiligten Schlüsse zu ziehen, so ist diese selbstverständliche Folgerung in § 50 I noch einmal ausdrücklich ausgesprochen: „Jeder ist nach **seiner** Schuld strafbar“; ob die Schuld eines anderen Beteiligten groß oder gering oder ganz ausgeschlossen ist, ist für die Schuld der anderen Teilnehmer irrelevant. Was für die „Schuld“ im ganzen gilt, muß denotwendig auch für ihre einzelnen Bestandteile gelten. Ob die Schuld durch ein persönliches Merkmal²⁰ erhöht oder vermindert, ganz ausgeschlossen oder überhaupt erst als eine strafrechtlich relevante Schuld geschaffen wird, all dies muß notwendig für die Schuld anderer Tatbeteiligter, bei denen dieses persönliche Merkmal nicht vorliegt, unbeachtlich bleiben. Persönliche Merkmale sind also auch dann, wenn sie als Bestandteile des Schuldbegriffs auftreten, unübertragbar. Allein entscheidend ist vielmehr, ob die bei den einzelnen Beteiligten selbst vorliegenden Voraussetzungen den Erfordernissen des Schuldbegriffes, wie er vom jeweiligen Delikt aufgestellt wird, entsprechen. Im einzelnen darf hier auf die Ausführungen Piotets, die oben mitgeteilt wurden, verwiesen werden²¹.

3. Merkmale, die sich auf die Rechtswidrigkeit beziehen.

Das Verbot der Übertragbarkeit persönlicher Umstände, die auf die Schuld Bezug haben, ergab sich aus dem Schuldbegriff, wie ihn die herrschende Meinung verwendet, von selbst. Im Bereich der Rechtswidrigkeit ist es ähnlich. Versteht man mit Mezger die Rechtswidrigkeit als Bewertung der „Handlung als solcher“,²² und wird damit „der Widerstreit der **Handlung**“²³ mit den Normen des Rechts“²⁴ festgestellt, dann ist klar, daß die Handlung jedes Tatbeteiligten getrennt bewertet werden muß. Eine Handlung, die gewissen Personen verboten ist, muß nicht notwendig auch allen anderen Personen verboten sein. Es ist bereits oben²⁵ ausgeführt worden, daß etwas anderes nur dann gelten müßte, wenn die Rechtswidrigkeit lediglich in einer Bewertung des **Erfolges** bestünde. Nur in diesem Fall erschiene ein Rückschluß von der bereits bei der Prüfung des Tatbeteiligten A festgestellten Rechtswidrigkeit (des Erfolges!) auf die Rechtswidrigkeit der Beteiligung des B zulässig. Es ließe sich dann der Satz aufstellen, daß die Beteiligung an einer als rechtswidrig bewerteten Tat eines anderen auch selbst rechtswidrig ist; die bei **einem** Beteiligten festgestellte Rechtswidrigkeit müßte daher auch für die anderen Beteiligten gelten — selbst wenn die Rechtswidrigkeit auf einem in der Person lediglich eines Beteiligten gegebenen Merkmal beruhte.

Da die Rechtswidrigkeit aber gerade die Bewertung der **Handlung** darstellt, ist diese Bewertung für die Handlung jedes Tatbeteiligten getrennt vorzunehmen: Die Handlung des A ist etwas anderes als die Handlung des B, auch wenn beide Handlungen zu **einem** Erfolg führen. Die

¹⁹ Schönke-Schröder, Vorbemerkung V 1 vor § 51.

²⁰ Welche konkreten, persönlichen Merkmale sich nun tatsächlich auf die Schuld — und nicht etwa auch auf die Rechtswidrigkeit — beziehen, kann hier noch offenbleiben. Da sich sogleich herausstellen wird, daß auch die auf die Rechtswidrigkeit bezüglichen persönlichen Umstände unübertragbar sind, etwas anderes nur von den rein auf den Tatbestand bezogenen Umständen gelten muß, braucht unten dann lediglich gezeigt werden, wie diese reinen „Tatbestandsumstände“ abzugrenzen und zu erkennen sind; vgl. unten § 14 bis § 17, vor allem § 15.

²¹ Die ausführliche Begründung Piotets, dem ich insoweit völlig zustimme, findet sich oben S. 40 ff, zusammengefaßt auf S. 45.

²² Mezger, Lehrbuch Seite 162.

²³ Hervorhebung vom Verfasser.

²⁴ Mezger, Lehrbuch Seite 162.

²⁵ Vgl. oben Seite 44 ff.

²⁶ Wenn man bereits im Rahmen der Rechtswidrigkeit danach fragt, an **wen** eine Norm sich richtet, so bedeutet das nicht einen Vorgriff auf die Prüfung der Schuld. Dieser Meinung ist aber — in sachlichem Gegensatz zu seiner oben wiedergegebenen Definition der Rechtswidrigkeit als „Bewertung der **Handlung** des Täters“, Lehrb. S. 162 — anscheinend Mezger, wenn er „zwischen der ‚an alle‘ adressierten Rechtsnorm als Bewertungsnorm und der an den persönlichen Verpflichteten ‚einzeln‘ adressierten Pflichtnorm als Bestimmungsnorm“ spricht (Lehrb. S. 166); im GerS 89 S. 245 bezeichnet er die Bewertungsnorm sogar als „adressenlose Norm“. Die Ausführungen Mezgers sind allerdings nicht ganz eindeutig, da er in Lehrbuch S. 166 Anm. 6 die Lehre Goldschmidts von der ein „äußeres Verhalten fordernden Rechtsnorm“ und der ein „inneres Verhalten fordernden Pflichtnorm“ **zustimmend** wiedergibt. Denn bei Anwendung der m. E. richtigen Goldschmidtschen Definition der Bewertungsnorm muß man notwendig nach den **Adressaten** der Norm fragen. Nur von ihnen fordert die „Rechtsnorm“ (gleich Bewertungsnorm) ein „äußeres Verhalten“, und nur sie, die Adressaten der Norm, können daher rechtswidrig handeln. Von den Extranen wird dieses „äußere Verhalten“ nicht „gefordert“.

Bewertung dieses Erfolges muß für alle Beteiligten zwar übereinstimmen. Damit ist aber noch nicht gesagt, daß die Rechtsordnung allen Beteiligten die **Verursachung** des Erfolges, also die Handlung, in gleicher Weise verbietet.²⁶ Das Strafrecht dient zwar allein dem Schutz von Rechtsgütern. Dennoch genügt die Feststellung, daß es zu der Verletzung eines Rechtsgutes gekommen ist, nicht, um das Rechtswidrigkeitsurteil über die Handlung zu fällen. Da die Rechtsgüter, wie ein Blick auf das Gesetz zeigt, zum Teil nur gegen bestimmte Angriffswege, zum Teil auch nur gegen „bestimmte Menschen mit bestimmten ... Merkmalen“²⁷ geschützt sind, darf man sich nicht mit der Feststellung begnügen, daß es zur Verletzung eines Rechtsgutes gekommen sei²⁸; man muß darüber hinaus feststellen, ob die diesen Erfolg herbeiführende Handlung gerade dem jeweils zu prüfenden Beteiligten verboten war.²⁹ Da es somit nicht nur auf die Bewertung des verursachten Erfolgs — der allerdings für alle Beteiligten notwendig gleich ist und daher auch für alle gleichbewertet werden muß, — sondern auch darauf ankommt, ob die das Rechtsgut schützende Norm gerade an den jeweils Beteiligten adressiert ist³⁰, kann auch auf dem Gebiet der Rechtswidrigkeit eine einfache Übertragung des für den Beteiligten A gefundenen Ergebnisses auf den Beteiligten B nicht als zulässig angesehen werden:

Wirken mehrere Personen an der Verletzung eines Rechtsgutes mit, dann ist diese Mitwirkung nur für diejenigen von ihnen rechtswidrig, an die sich auch die Rechtsnorm der betreffenden Vorschrift wendet, die also das Verbot adressiert ist.

Es muß also auch die Rechtswidrigkeit für jeden einzelnen Beteiligten getrennt festgestellt werden. Ergibt sich dabei, daß der Beteiligte A deshalb rechtswidrig handelt, weil er infolge der bei ihm vorliegenden persönlichen Umständen zu dem Kreis der Normadressaten gehört, dann ist für die Rechtswidrigkeit der Handlungen der übrigen Tatbeteiligten noch nichts gewonnen. Ob auch sie rechtswidrig handeln, hängt allein davon ab, ob auch bei ihnen derartige Umstände vorliegen. Dadurch jedenfalls, daß sie mit einem von der Norm Gebundenen zusammenarbeiten, fallen sie noch nicht in den vom Gesetz bestimmten Kreis der allein verpflichteten Adressaten³¹.

Genauso wenig wie das Schuldurteil darf daher auch die Bewertung einer Handlung als rechtswidrig von einer Person auf die andere übertragen werden. Und was von Schuld- und Rechtswidrigkeits-Urteil im ganzen gilt, muß notwendig auch für die einzelnen, diesen Oberbegriffen unterfallenden Merkmale gesagt werden. Persönliche Merkmale, die die Rechtswidrigkeit einer Handlung begründen, erhöhen, vermindern oder ausschließen, sind nur für den von Bedeutung, bei dem sie selbst vorliegen³².

4. Reine Bestandteile der Tatbestandsmäßigkeit.

Wenn überhaupt, dann ist also eine Übertragbarkeit persönlicher Umstände lediglich auf der Ebene der Tatbestandsmäßigkeit möglich. Und in der Tat, versteht man mit der — herrschenden — Lehre vom extensiven Täterbegriff³³ unter tatbestandsmäßigem Handeln jede Verursachung des verpönten Erfolges — unter Umständen in der vom Gesetz beschriebenen Weise³⁴, dann ist es gleichgültig, ob ein Tatbeteiligter die tatbestandsmäßige Handlung in eigener Person begeht oder durch einen anderen begehen läßt. Was für den Tatbestand insgesamt gilt, muß auch hier folgerichtig für die einzelnen Merkmale des Tatbestandes gelten, und zwar auch dann, wenn diese einzelnen Merkmale „persönlicher Natur“ sind. Besteht die tatbestandsmäßige Handlung lediglich in der **Verursachung** der „Ausführungshandlung“, nicht

²⁷ Oehler S. 65.

²⁸ Diese Feststellung hat allerdings, wie oben gezeigt, für **alle** Tatbeteiligten Gültigkeit.

²⁹ Vgl. schon Anm. 26 sowie oben S. 44 ff.

³⁰ Daß das mit der Frage der Schuld nichts zu tun hat, ist oben nachgewiesen; vgl. S. 45.

³¹ Vgl. dazu den (in einem ähnlichen Zusammenhang, bei der Teilnahme am Aszendenteschlag) trefflich formulierten Ausspruch Bindings (in „Entwurf“ S. 94): „Eine seltsam tragische Art, der Sohn Jemandes zu werden dadurch, daß man ihn tötet!“

³² Im Ergebnis stimme ich daher mit Köstlin und Kohler, unter Einschränkungen auch mit Schwarze, überein; vgl. oben § 10.

³³ Vgl. die Nachweise bei Frühauf, S. 9 und S. 64; Eine Auseinandersetzung mit den restriktiven Lehren würde über den Rahmen dieser Arbeit hinausgehen. Eine überzeugende Kritik dieser Lehren und der Nachweis, daß nur die extensive Auffassung richtig sein kann, findet sich bei Frühauf, a. a. O. S. 6 ff. und S. 56—64.

³⁴ Man denke z. B. an § 263, der nicht **jede** Vermögensschädigung verbietet, sondern nur eine auf genau festgelegte Art betriebene; vgl. dazu schon oben auf dieser Seite.

aber in deren eigenhändiger Vornahme³⁵, dann handelt z. B. auch der Laie, der einen Beamten zur Begehung eines — echten oder unechten — Amtsdelikts veranlaßt, tatbestandsmäßig im Sinne des jeweiligen Amtsdelikts. Es läßt sich nicht bestreiten, daß in einem derartigen Falle auch der Laie **verursacht**, daß also z. B. ein Richter das Recht beugt oder ein Kassenbeamter eine Unterschlagung begeht, und daß daher auch der Laie den **Tatbestand** dieses Delikts erfüllt. Damit ist aber noch nicht gesagt, wie im letzten Abschnitt ausführlich dargelegt wurde, daß auch der Laie **rechtswidrig** — oder in höherem Grade rechtswidrig — handelt. Das hängt vielmehr davon ab, ob die jeweilige Norm auch an ihn adressiert ist, ob eine auch für ihn relevante Norm besteht. Und zur Beantwortung dieser Frage darf der Umstand, daß ein anderer Tatbeteiligter, eben der Beamte, aus in seiner Person liegenden Gründen zu den Adressaten der Norm gehört, nicht herangezogen werden.

Es ergibt sich daher folgendes: Da es bei der Tatbestandsmäßigkeit lediglich auf das „Verursachen“ ankommt, spielt insoweit, aber auch **nur** insoweit, die Frage, ob ein bestimmtes, zum Tatbestand gehörendes Merkmal bei dem Tatbeteiligten A selbst oder aber nur bei einem anderen Tatbeteiligten vorliegt, keine Rolle. Auch der Laie kann **verursachen**³⁶, daß ein Beamter ein Delikt begeht, auch der Laie handelt daher — qua Verursachung — **tatbestandsmäßig**. Im Rahmen der Tatbestandsmäßigkeit sind daher, als Folge des hier allein maßgeblichen Prinzips der Kausalität, auch persönliche Umstände übertragbar; es ist gerade das Wesen der Kausalität, Ursache und Wirkung miteinander zu verbinden, also den von dem Täter verursachten Erfolg auf diesen zu „übertragen“³⁷. Nur muß man sich darüber im klaren sein, daß damit für die sich an die Feststellung der Tatbestandsmäßigkeit anschließende Prüfung der Rechtswidrigkeit noch nichts gewonnen ist. Es steht allein fest, daß der Beteiligte die Verwirklichung eines bestimmten Tatbestands verursacht oder mitverursacht hat. Ob ihm diese Verursachung **verboten** ist, und wenn ja, ob ihm diese verbotene Verursachung als schuldhaft vorgeworfen werden kann, das entscheidet sich allein nach den in seiner Person selbst vorliegenden Umständen. Das Wesen der Rechtswidrigkeit als eines Handelns gegen eine **gerade für ihn geltende Norm** verbietet es daraus, daß die Existenz einer derartigen Norm für den Tatbeteiligten A festgestellt werden konnte³⁸, für die Rechtswidrigkeit der Handlung des B irgendwelche Schlüsse zu ziehen. Das gleiche gilt, wie oben schon gezeigt, für die Schuld³⁹.

Nichts anderes haben auch Köstlin und Kohler gesagt⁴⁰, wenn sie weder eine „Teilnahme an fremder Schuld“ noch eine „Teilnahme an fremder Verantwortung“⁴¹ anerkennen wollten. Es genüge nicht, daß der Tatbeteiligte „ein Rechtsgut“ verletze, es müsse sich vielmehr um ein „für ihn gültiges Rechtsgut“⁴² handeln. Das heißt nichts anderes, wie oben schon ausführlich

³⁵ Daß es, bei folgerichtiger Durchführung des als richtig erkannten extensiven Täterbegriffs, „eigenhändige Delikte“ gar nicht geben kann, vgl. die eingehenden Nachweise bei Frühauf, S. 115 ff.; treffend dazu auch Piotet bei der Kritik an dem Begriff der eigenhändigen Delikte (a. a. O. S. 39 f): Eigenhändige Delikte sollen solche Taten sein (so Welzel), bei denen die körperliche Vornahme des tatbestandsmäßigen Aktes das maßgebende Unrecht ist. Piotet (S. 39 f) meint dazu: „Niemand kann sagen, was dies eigentlich heißen soll und wann die Voraussetzungen hierfür vorliegen. U. E. könnte der Umstand, daß der Täter selbst körperlich eine bestimmte Handlung vollzieht, nur dann von Bedeutung sein, wenn es die Strafwürdigkeit des Täters beeinflusst, wenn die Vornahme der betreffenden Handlung strafwürdiger als jede sonstige Mitwirkung am Verbrechen erschiene. Dann hätten wir es mit einem persönlichen Merkmal zu tun, das nur die Bestrafung des unmittelbar Handelnden rechtfertigen könnte. Mittelbarer Täter, aber auch Gehilfe und Anstifter könnten nicht aus dem Gesetz bestraft werden, das nur die Vornahme der Handlung selbst unter Strafe stellt. . . . Nicht nur der mittelbare Täter, auch der Anstifter und Gehilfe müßten sonst straflos bleiben. Doch kann diese Lösung im deutschen Recht. . . keine Geltung beanspruchen. — Die Theorie der eigenhändigen Delikte überzeugt ebensowenig wie die der Sonderdelikte. Beide führen letztlich dazu, Tatbeteiligte, die es nicht verdienen, weil sie eigentlich Täter sind, in den Genuß der nur für Anstifter und Gehilfen vorgesehenen Privilegierung kommen zu lassen. Gäbe man die Lehre vom eigenhändigen Delikt auf, so würde man nicht nur unscharfen Begriffen und endlosen Kontroversen über die Natur bestimmter Verbrechen, sondern auch den Lücken im Strafsystem ein wohlverdientes Ende machen.“

³⁶ Dabei spielt es keine Rolle, daß der Laie nicht die Beamteneigenschaft selbst verursacht; er findet sie vielmehr vor und verursacht dann, daß ein mit einer solchen Eigenschaft ausgerüsteter Täter die Tat begeht; der Fall liegt ganz parallel zu den auch sonst anzutreffenden „vorgefundenen“ Tatbestandsmerkmalen; beim Diebstahl „verursacht“ der Täter auch nicht, daß es sich um eine Sache handelt, wohl aber verursacht er, daß „eine Sache weggenommen“ wird.

³⁷ Gleiches gilt natürlich auch dann, wenn der Täter den Erfolg nicht eigenhändig, sondern durch Einschalten einer anderen Person herbeiführt. Denn gerade dadurch verursacht er, daß eine für ihn allein vielleicht gar nicht beghebbare Handlung verwirklicht wird oder durch einen Täter verwirklicht wird, der mit bestimmten Qualitäten ausgerüstet ist, die ihm, dem ersten Verursacher, gerade fehlen.

³⁸ Unter Umständen gerade wegen solcher persönlicher Umstände des A.

³⁹ Vgl. oben S. 81 ff

⁴⁰ Vgl. oben § 10

⁴¹ Vgl. oben S. 47

⁴² Vgl. oben S. 50

dargelegt wurde⁴³, daß eine für den jeweils Beteiligten selbst gültige Norm gegeben sein muß und daß es bei dieser Frage auf eine an persönliche Verhältnisse eines anderen Täters anknüpfende und daher nur diesen erfassende Norm nicht ankommen kann.

Wenn dagegen durch das persönliche Verhältnis nur die „Erreichbarkeit des Tatobjekts“⁴⁴ bedingt ist, und die Verletzung dieses Tatobjekts beiden Beteiligten in gleicher Weise verboten ist, es sich aus **diesem** Grund um ein für beide „gültiges Rechtsgut“ handelt — die Verbotsnorm sich also an **alle** Beteiligten, unabhängig von dem „persönlichen Verhältnis zum Tatobjekt“, richtet —, dann steht einer „Übertragbarkeit“ dieses persönlichen Umstandes nichts im Wege. Genaugenommen handelt es sich dann gar nicht um eine „Übertragung“, sondern allein darum, daß die Mitwirkung an dieser Rechtsgutverletzung eben auch dem anderen Beteiligten verboten ist, und zwar aus in **seiner** Person liegenden Gründen. Nicht darum, weil der **andere** in einem „besonderen persönlichen Verhältnis zum Tatobjekt“ steht, und deshalb nur ihm die Verletzung verboten wäre, wird auch der „Extraneus“ erfaßt, sondern deshalb, weil sich die Verletzung dieses Rechtsgutes verbietende Norm unmittelbar auch an ihn — den „Extraneus“ — wendet. Wie im Einzelfall festzustellen ist, ob es sich um eine derartige allgemeine oder aber um eine Sondernorm handelt, wird unten⁴⁵ noch auseinandergesetzt werden.

III. Ergebnis der Auslegung des § 50.

Es hat sich gezeigt, daß sich aus der Definition der allgemeinen Deliktsmerkmale (Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld) mit Notwendigkeit nur der eine Schluß ziehen läßt, daß „persönliche Merkmale“ eines Tatbeteiligten lediglich insoweit für die anderen von Bedeutung sein können, als sich ihr Einfluß auf die **Tatbestandsmäßigkeit** des Delikts erstreckt: Der „Extraneus“, der einen mit einer besonderen Qualität ausgerüsteten anderen zur Tat veranlaßt¹, hat **verursacht**, daß der Tatbestand des „Sonderdelikts“ verwirklicht wurde, er hat also selbst tatbestandsmäßig gehandelt. Ob dieses tatbestandsmäßige Handeln dagegen für ihn rechtswidrig oder schuldhaft oder strafbar² ist, kann sich **allein aus seiner Person ergeben**. Ist die Gesetzesnorm auch an ihn adressiert, dann handelt auch er rechtswidrig — aber auch **nur** deswegen, nicht etwa deshalb, weil der andere rechtswidrig handelt. Genügen die in **seiner** Person gegebenen seelischen Beziehungen zur Tat den Voraussetzungen, die für den Schuld-begriff des jeweiligen Delikts aufgestellt sind³, dann handelt auch er schuldhaft — auch hier wegen **seiner** seelischen Beziehungen, nicht wegen der des anderen Tatbeteiligten. Und liegen die **für ihn** erforderlichen Strafbarkeits- oder Prozeßvoraussetzungen vor, dann kann er bestraft werden — also auch hier nicht deshalb, weil der **andere** bestraft werden kann.

Da sich alle diese Folgerungen mit Notwendigkeit aus der — richtigen — Anwendung der Begriffe von Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld ergeben, läßt sich der Satz aufstellen, daß § 50 überflüssig ist. Selbstverständliches braucht im Gesetz nicht gesagt zu werden. Wenn es aber — deklaratorisch — gesagt wurde, dann hätte das in einer Form geschehen müssen, die Mißverständnisse nicht geradezu herausfordert. Zufolge der verfehlten Formulierung des § 50 haben sich Theorie und Praxis fast ein volles Jahrhundert lang mit der unfruchtbaren, rein formalistischen Unterscheidung von „strafbegründenden“ und „strafändernden“ Merkmalen begnügt, anstatt sich mit der sachlich allein bedeutsamen Frage nach Relevanz oder Irrelevanz eines bei einem **anderen** Tatbeteiligten als dem gerade zu beurteilenden Teilnehmer vorliegenden persönlichen Merkmals zu befassen.⁴

C. Die Folgen der — richtigen — Auslegung des § 50 für die Teilnahme an „Sonderdelikten“.

Als Ergebnis der bisherigen Überlegungen hat sich gezeigt: Nichtübertragbare, also „besondere“ persönliche Umstände im Sinne des § 50 sind alle die Merkmale, die sich auf die Rechtswidrigkeit, die Schuld und die — reine — Strafbarkeit erstrecken. Im Rahmen der Tatbestands-

⁴³ Vgl. oben S. 50 bei den Ausführungen zur Lehre Kohlers.

⁴⁴ Oben S. 49.

⁴⁵ Vgl. unten §§ 15 und 16.

¹ Ob als Anstifter oder mittelbarer Täter, ist gleichgültig; vgl. oben S. 30.

² Im Sinne des Vorliegens der reinen Strafbarkeitsbedingungen; vgl. oben S. 81.

³ Etwa eine zum Vorsatz hinzukommende Absicht; vgl. unten S. 86 ff.

⁴ Vermutlich wäre man in Literatur und Rechtsprechung, gäbe es die Vorschrift des § 50 nicht, auf einfacherem Wege und früher zu den entscheidenden Fragen vorgestoßen.

mäßigkeit, aber auch nur hier, gilt das Verbot der Übertragung nicht. Die konstruktive Unterscheidung nach strafbegründenden und strafändernden Umständen spielt bei der ganzen Frage nicht die geringste Rolle.

Die Maßstäbe, nach denen die Relevanz eines bei dem Tatbeteiligten A vorliegenden „persönlichen Umstandes“ für den Tatbeteiligten B festgestellt werden kann, liegen also fest. Da ein persönlicher Umstand lediglich auf der Ebene der Tatbestandsmäßigkeit übertragen werden kann — aber hier auch übertragen werden muß⁵ —, für auf Rechtswidrigkeit, Schuld und reine Strafbarkeit bezogene Merkmale aber übereinstimmend Nichtübertragbarkeit festgestellt wurde, kommt es bei der Überprüfung der einzelnen Delikte nur noch darauf an, ob der jeweils verwendete „persönliche Umstand“ lediglich für das „Verhältnis zum Tatobjekt“ von Bedeutung ist. Geht seine Funktion darüber hinaus, so kann es dahingestellt bleiben, in welcher der drei übrigen Kategorien er einzuordnen ist. Das ist vor allem von Bedeutung angesichts des modernen Streits darüber, ob nicht gewisse, herkömmlich bei der Schuld eingeordnete Begriffe zum Unrecht gehören⁶. Wie immer man sich auch in dieser Frage entscheidet, für die Frage nach der Übertragbarkeit bleibt dieser Streit ohne Einfluß. Es kann also im einzelnen offenbleiben, ob ein bestimmtes Merkmal lediglich für die Schuld, oder bereits für die Rechtswidrigkeit von Bedeutung ist.

„Sonderdelikte“ sind nach der üblichen Definition solche Delikte, bei denen bereits der — äußere — Tatbestand besondere Eigenschaften des Täters, also die Zugehörigkeit zu einer von der Allgemeinheit abgehobenen engeren Gruppe verlangt⁷ (z. B. Beamte, Rechtsanwälte, Notare, Soldaten, Ehegatten usw.). Nicht hierher zählen diejenigen Delikte, zu deren Verwirklichung auf der inneren Tatseite besondere Motive, Absichten, Tendenzen usw. verlangt werden. Bei der Auslegung des § 50 hat sich gezeigt, daß auch diese Merkmale nicht „übertragen“ werden können, und zwar unabhängig davon, ob sie die Strafe begründen oder nur verändern und gleichfalls unabhängig davon, ob sie als Schuld- oder als (subjektive) Unrechtselemente⁸ anzusehen sind. Aus der nun folgenden Betrachtung sollen diese Delikte, da sie nicht zu dem zu untersuchenden Bereich der „Sonderdelikte“ gehören, ausgeschlossen werden⁹. Es geht jetzt nur um diejenigen Straftaten, bei denen bereits der — äußere — Tatbestand¹⁰ „besondere Eigenschaften“ des Täters verlangt, also um die gemeinhin als „Sonderdelikte“ bezeichnete Gruppe. Stellt sich dabei heraus, daß das jeweilige persönliche Merkmal unübertragbar ist, dann handelt es sich um ein **wirkliches Sonderdelikt**, an dem eine strafbare Teilnahme Außenstehender ausgeschlossen ist, und zwar unabhängig davon, ob das persönliche Merkmal die Strafe

⁵ Vgl. oben S. 83 bis 85.

⁶ Vgl. etwa die Lehre Hardwigs, oben S. 37 ff; siehe dazu vor allem auch Welzel, Lehrbuch (6. Auflage) S. 68 ff.

⁷ Vgl. dazu oben S. 1 und S. 34 ff

⁸ Vgl. dazu schon oben S. 81 ff

⁹ Piotet, dem ich in diesem Punkt voll zustimme, hat die Nichtübertragbarkeit solcher „Schulelemente“ eingehend begründet; vgl. oben S. 40 ff. Zur Erläuterung sei hier lediglich noch folgendes ausgeführt: Beim Diebstahl z. B. genügt für den objektiven Tatbestand bereits die **Wegnahme**; der **Wille** des Täters darf sich allerdings nicht darauf beschränken, er muß sich auch auf die „Zueignung“ richten. Da es sich hierbei um die Schuldseite, die „seelische Beziehung“ zur Tat handelt, kann es auch hier nur auf die **eigene** „Absicht“ des jeweils Beteiligten ankommen (wegen der scheinbaren Schwierigkeiten die sich aus der verfehlten Formulierung „sich zueignen“ ergeben, vgl. schon oben § 9 Anm. 41). Das wird bestätigt, wenn man sich überlegt, welche Lage dann einträte, wenn der Gesetzgeber den zweiten Akt des Diebstahls tatbestandes nicht „kupiert“ hätte. Niemand käme auf den Gedanken, den A, der den B zu der Begehung eines so formulierten Diebstahls objektiv anstiftet, wegen Teilnahme am Diebstahl zu bestrafen, wenn sich der Vorsatz des A nur auf die Wegnahme, nicht aber auf die Zueignung (Zueignung nicht „an sich“, sondern „Zueignung an jemanden“, also so, wie die parallele liegende „Bereicherungsabsicht“ in §§ 253 und 263 vom Gesetz — richtig — gefaßt ist) gerichtet hätte. Nichts anderes kann gelten, wenn das Gesetz auf das objektive Vorliegen dieser Zueignung verzichtet und sich mit einer darauf gerichteten Absicht begnügt. Wer nur wegnehmen, aber nicht zueignen will, soll strafrechtlich nicht zur Verantwortung gezogen werden (abgesehen von Sonderfällen wie § 248 b). Um Mißverständnisse auszuschließen: Wenn es dem A zunächst nur auf die Wegnahme ankommt und er daher den B nur dazu anstiften will, er dabei aber feststellen muß, daß der B nicht nur wegnehmen, sondern auch „sich oder einem anderen zueignen“ will, dann will natürlich auch A die mit der Wegnahme notwendig verbundene Zueignung; entsprechendes gilt auch für die „wollüstige Teilnahme“ bei den Unzuchtsdelikten: Auf die **eigene** Wollust kommt es nicht an.

¹⁰ Bei den „inneren Merkmalen“, wie Absichten, Motiven usw. konnte es offenbleiben, ob sie der Schuld oder der Rechtfertigkeit zuzuordnen sind, da sie in beiden Fällen als unübertragbar angesehen werden müssen. Anders ist es mit den jetzt interessierenden Umständen, die schon im äußeren Tatbestand auftauchen. Auf die Tatbestandsmäßigkeit beschränkt ist (dann Übertragbarkeit), oder ob sich aus ihm ergibt, daß der Gesetzesbefehl **nur** an die Inhaber dieser Eigenschaft gerichtet ist (dann Nichtübertragbarkeit, also wirkliches Sonderdelikt), kann nicht verzichtet werden.

begründet oder erhöht¹¹. Übertragbarkeit und Nichtübertragbarkeit richten sich danach, ob das im Tatbestand genannte Merkmal **nur** auf die Erreichbarkeit des Tatobjektes Bezug hat, seine Wirkung sich also auf die Tatbestandsmäßigkeit beschränkt, oder aber, ob aus ihm zu entnehmen ist, daß die betreffende Norm sich nur an die mit der Sonderqualität ausgerüsteten Bürger richtet, nur ihnen also die Setzung des betreffenden Tatbestandes verboten ist. Im ersten Fall ist auch der „Extraneus“, der sich eines mit dem „besonderen Merkmal“ Versehenen bedient, um die auch ihm verbotene tatbestandliche Handlung zu begehen, strafbar; das „persönliche Merkmal“ wird also übertragen¹².

Im zweiten Fall dagegen tritt zwar auch diese auf den Tatbestand bezogene Übertragung auf, auch hier handelt der Extraneus tatbestandsmäßig, nur fehlt es hier an einer **ihn** treffenden Norm, tatbestandsmäßiges Handeln ist **ihm** nicht verboten, **nur der Intraneus ist Adressat** des Gesetzesbefehls. Der Extraneus handelt daher in diesem zweiten Fall nicht rechtswidrig, die auf der besonderen Qualität des Intranen beruhende Wertung, daß **dessen** Handeln rechtswidrig ist, ist auf den Extranen nicht übertragbar.

Die herrschende Meinung ging bisher davon aus, daß alle diese vom gesetzlichen Tatbestand beim Täter vorausgesetzten Eigenschaften gleichgelagert seien. Aus dieser verfehlten Gleichsetzung heraus hat sie dann geschlossen, daß das, was bei Ehebruch, Blutschande und ähnlichen Delikten nicht richtig sein könne, — nämlich Straflosigkeit der „Extranei“ — auch beim echten Beamtendelikt z. B. nicht zulässig sei¹³. Daß beide Fälle der Sache nach verschieden liegen, hat sie nicht erkannt. Daß und warum sie verschieden liegen, soll jetzt nachgewiesen werden.

I. Die besondere Eigenschaft betrifft nur die Erreichbarkeit des Tatobjekts.

Es ist behauptet worden, die „besondere persönliche Eigenschaft des Verheiratetseins“ beim Ehebruch habe die gleiche Funktion wie die Beamteneseigenschaft beim echten Amtsdelikt¹. Genau wie derjenige, der, außerhalb dieser Ehe stehend, einen Ehegatten zum Ehebruch anstiftet, bestraft werden müsse, und zwar aus dem gleichen Strafraum wie der Ehegatte selbst, müsse daher auch der zum echten Amtsdelikt anstiftende Laie, der außerhalb des Dienstverhältnisses stehe, verantwortlich sein. Was bei der Kritik dieser Auffassung schon ausgeführt wurde², sei hier noch einmal kurz zusammengefaßt:

Schon der erste Blick auf den Wortlaut des § 172 zeigt, daß die „Ehegatteneigenschaft“ — **eines** der Beteiligten! — lediglich die Erreichbarkeit des **Tatobjekts**, nämlich der konkret gebrochenen Ehe, nicht aber eine Einschränkung des Gesetzesbefehls nur auf „Ehegatten“ bedingt. Der — möglicherweise — unverheiratete Partner des Ehebruchs wird nämlich aus dem gleichen Strafraum wie der verheiratete Teil bestraft. Das zeigt, daß das in § 172 geschützte Rechtsgut, nämlich die Eheordnung überhaupt, ein für **jeden** Staatsbürger verbindliches Rechtsgut ist, daß also die Norm, eine Ehe nicht zu brechen, für jeden Rechtsunterworfenen gilt. Ein Ehegatte, der mit einem Ledigen geschlechtlich verkehrt, bricht zwar **seine** Ehe — Tatobjekt —, verletzt dadurch aber das Rechtsgut „Eheordnung“ in der gleichen Weise, wie es der Ledige tut. Dem Ledigen ist das Tatobjekt, nämlich eine konkrete Ehe, immer nur durch das Zusammenwirken mit einem Ehegatten erreichbar. Das heißt aber, wie oben gezeigt, nicht, daß die Verletzung dieses Rechtsguts nur einem Ehegatten, nicht aber einem Ledigen verboten wäre. Die dem § 172 zugrundeliegende Norm trifft daher jeden. Es bestehen daher keine Bedenken, nicht nur den, der der Partner des **seiner** Ehe brechenden Gatten ist, verantwortlich zu machen, sondern auch den, der den Gatten zum Ehebruch veranlaßt³ oder ihm Beihilfe dazu leistet. Auch er **verursacht** die tatbestandsmäßige Handlung, diese Verursachung ist **auch ihm verboten**. Die persönliche

¹¹ Die Strafbarkeit aus dem Grunddelikt bleibt in diesem Fall natürlich bestehen.

¹² Daß es sich hier nur scheinbar um eine vom normalen abweichende „Übertragung“, in Wahrheit aber um die normale Wirkung der Kausalität handelt, ist oben schon gezeigt worden; vgl. S. 83 ff

¹³ Vgl. oben S. 16.

¹ Vgl. oben S. 16, 24 und 39 ff

² Oben S. 16, 17, 24 und 40

³ Sei das in der Form der Anstiftung oder der mittelbaren Täterschaft; daß gegen das letztere mit der angeblichen „Eigenhändigkeit“ der Unzuchtsdelikte nicht operiert werden kann, hat Frühauf a. a. O. überzeugend nachgewiesen.

Eigenschaft des „Ehegatten-Seins“ ist nur für die Erreichbarkeit des konkreten Tatobjekts, der jeweiligen Ehe, von Bedeutung. **Verboden** ist die tatbestandsmäßige Handlung und daher, wie gezeigt, ihre Verursachung, auch den „Extranei“.

Das gleiche muß, wie ein Blick auf das Gesetz zeigt, auch für den Tatbestand der Bigamie (§ 171) gelten. („Ein Ehegatte . . . , ingeleichen eine **unverheiratete Person** . . .“).

Mit der Blutschande (§ 173) liegt es nicht anders. Auch hier bedingt der „persönliche Umstand“, verwandt (Abs. 1) oder verschwägert oder verschwägert zu sein (Abs. 2), nur die Erreichbarkeit des Tatobjekts, nämlich der jeweils durch die sexuellen Beziehungen verletzten konkreten Familienverhältnisse. Das geschützte Rechtsgut, nämlich Freihaltung der verwandtschaftlichen Beziehungen von sexuellen Einflüssen⁴, ist für **jeden** verbindlich und seine Verletzung daher auch jedem verboten. Daß eine „eigenhändige“ Verletzung dieses Rechtsguts nur innerhalb der eigenen Familie möglich ist, kann daran nichts ändern. Es wäre ein offensichtlich merkwürdiges Gesetz, das jedem Staatsbürger nur verböte, innerhalb der **eigenen Familie** in der in § 173 beschriebenen Weise vorzugehen, das ihm eine Mitwirkung an gleichartigen Verstößen innerhalb fremder Familien aber freistellte. Es richtet sich daher auch die dem Delikt der Blutschande zu entnehmende Norm an **jeden** Rechtsunterworfenen. Das persönliche Verhältnis der Verwandtschaft usw. bezieht sich **nur** auf die Erreichbarkeit des **Tatobjekts**. Auch die nicht in dem konkret verletzten Verwandtschaftsverhältnis Stehenden werden daher von dem Gebot, derartige — wenn auch fremde — Familienverhältnisse von sexuellem Einfluß freizuhalten, gebunden.

Was hier für den Tatbestand des § 173 ausgeführt wurde, gilt in genau der gleichen Weise auch für die Unzucht mit Abhängigen (§ 174) und überhaupt für alle Fälle, in denen ein zwischen bestimmten Personen bestehendes Verhältnis von störenden Einflüssen freigehalten werden soll⁵. Die **eigenhändige** Verletzung des Tatobjekts ist allerdings immer nur dem möglich, der selbst in diesem Vertrauensverhältnis steht. Das Rechtsgut, nämlich die Freihaltung dieser Verhältnisse von derartigen Eingriffen, ist dagegen bei diesen nur allgemein bezeichneten Verhältnissen⁶ für jeden verbindlich. Wer selbst in einem derartigen Verhältnis zu dem Tatobjekt nicht steht, muß sich, wenn er den Tatbestand begehen will, der Vermittlung eines innerhalb Stehenden bedienen. Das bedeutet, wie schon mehrfach ausgeführt, jedoch nicht, daß das Rechtsgut nicht auch für ihn verbindlich wäre und eine ihn bindende Norm nicht bestünde. Rechtswidrig handeln also auch die, die außerhalb des konkreten Verhältnisses selbst stehen und seine Verletzung verursachen.

Das gleiche gilt bei den Aussagedelikten (§§ 153 ff). Das Tatobjekt, nämlich die Wahrheitsfindung in einem konkreten Prozeß, kann „eigenhändig“ nur der verletzen, der in diesem Prozeß als Zeuge oder Sachverständiger auftritt. Die „persönliche Eigenschaft“, Zeuge zu sein, bedingt also auch hier nur die Erreichbarkeit des konkreten Tatobjekts. Daß dagegen das Rechtsgut der Aussagedelikte, nämlich die Wahrheitsfindung in der Rechtspflege überhaupt⁷, für alle Bürger verbindlich ist, daß es also eine **alle adressierte Norm** gibt, die Wahrheitsfindung in Prozessen durch falsche Aussagen nicht zu stören, sollte nicht zweifelhaft sein. Gegen diese Norm verstößt auch der, der die falsche Aussage eines anderen veranlaßt⁸. Gewisse Bedenken könnten sich allerdings aus dem Wortlaut des § 153 ergeben. Es heißt hier ausdrücklich, „... wer **als** Zeuge falsch aussagt“⁹. Daraus könnte man folgern, daß dann, wenn sonstwie „falsch ausgesagt“, nämlich nur — von einem Nicht-Zeugen — **verursacht** wird, daß eine falsche

⁴ u. U. auch erbbiologische Erfordernisse; vgl. Schönke-Schröder § 173 Anm. 1.

⁵ Hierher gehören etwa auch die §§ 181 I Ziff. 2 (Eltern-Kind-Verhältnis usw.), § 246 I β (Veruntreuung, besonderes Vertrauensverhältnis) und dementsprechend auch § 266.

⁶ Im Gegensatz zum Beamtenverhältnis z. B.; hier begibt sich der Bürger — freiwillig! — unter ein „besonderes Gewaltverhältnis“. Ihm sind aus diesem Grund zusätzliche — oder stärker geschützte — Verpflichtungen auferlegt als der Allgemeinheit der Staatsbürger; vgl. im einzelnen sogleich unten § 16.

⁷ Vgl. Schönke-Schröder Vorbem. I vor § 153.

⁸ Das gilt grundsätzlich auch für die Parteien oder den Angeklagten des Prozesses selbst. Eine andere Frage dagegen ist, inwieweit die Parteien des Zivilprozesses oder der Angeklagte durch die ihnen prozessual eingeräumten Funktionen gerechtfertigt sind, vgl. dazu eingehend Maurach in SJZ 1949 Sp. 542 ff; in der Praxis wird dieses Problem meist dadurch verunklagt (vgl. etwa BGHSt 2, S. 134 ff. und neustens in NJW 1962, S. 1306), daß man nicht in dem Bestreiten und Beweisantritt durch einen — wie der Angeklagte hofft — zu seinen Gunsten falsch aussagenden Zeugen die relevante — u. U. gerechtfertigte! — Teilnahmehandlung sieht, sondern in dem schweigenden Dabeisein (also **Unterlassen**) bei der falschen Zeugenaussage selbst. Warum man hier nicht auf das in allen sonstigen Fällen primär zu prüfende **Tun** (Bestreiten, Beweisantrag) abstellt ist mir unverständlich. Wenn das die Gefahrenlage schaffende Tun — aus prozessualen Gründen — gerechtfertigt ist, wird man das darauf folgende Schweigen kaum als rechtswidrig ansehen können.

⁹ Diese Bedenken gelten für § 154 nicht; warum „wer schwört“ anders ausgelegt werden soll als „wer tötet“, nämlich rein kausal, ist plausibel noch nirgendwo begründet worden; vgl. dazu eingehend Frühauf, a. a. O. S. 35 und S. 66 f.

Aussage zustandekommt, die dem § 153 zugrundeliegende Norm nicht angewendet werden soll. Daß eine derartige Folgerung nicht richtig sein kann, ergibt § 160¹⁰. Danach kann kein Zweifel bestehen, daß alle Bürger, nicht nur die im konkreten Fall gerade als Zeuge oder Sachverständige eingesetzt, dem Rechtsgut der §§ 153 ff. verpflichtet, daß also diese Normen auch an sie adressiert sind¹¹. Die persönliche Eigenschaft, Zeuge zu sein, hat daher gleichfalls nur Einfluß auf die „Erreichbarkeit des Tatobjekts“, nicht dagegen auf die Rechtswidrigkeit der Handlung.

Es würde zu weit führen, alle Delikte, die hier u. U. sonst noch in Betracht kämen, aufzuzählen. Es soll genügen, das allgemeine Prinzip, nach dem die „Übertragbarkeit“ tatbestandlicher persönlicher Merkmale festgestellt werden kann, dargestellt und seine Anwendung auf einige Delikte gezeigt zu haben. Läßt sich aus der Fassung und dem Zusammenhang des jeweiligen Delikts entnehmen, daß sich der aus ihm ergebende Befehl an **alle** Bürger richtet, daß die „persönliche Eigenschaft“ also nur für die eigenhändige Erreichbarkeit des Tatobjekts und damit **allein für** die Tatbestandsmäßigkeit von Bedeutung ist, dann ist die persönliche Eigenschaft „übertragbar“, d. h. auch scheinbar „Außenstehende“ können — durch Vermittlung einer geeigneten Person — den Tatbestand, und zwar in **rechtswidriger Weise**, erfüllen¹².

II. Der Gesetzesbefehl ist nur an die mit der „besonderen Eigenschaft“ ausgerüsteten Bürger gerichtet (insbesondere die Amtsdelikte).

Ist dagegen das Gesetz nur an **bestimmte** Personen **adressiert**, so können nur diese Personen selbst rechtswidrig handeln. Ein Extraneus, der veranlaßt, daß jemand, für den die Norm gilt, tätig wird, handelt zwar auch — qua Verursachung — tatbestandsmäßig: Er bewirkt, daß die tatbestandsmäßige Handlung begangen wird, und das muß — vom Boden der als richtig erkannten extensiven Täterlehre aus¹ genügen, um auch seine Handlung als „Erfüllung des Tatbestandes“ zu betrachten. Ob diese Handlung dagegen als rechtswidrig bezeichnet werden kann, hängt von zwei weiteren Voraussetzungen ab. Einmal davon, ob das Gesetz den dadurch verursachten **Erfolg** mißbilligt. Diesen Erfolg kann das Gesetz zwar nur einheitlich bewerten. Wenn der vom Täter A verursachte Erfolg als rechtswidrig angesehen wird, dann muß das notwendig — bezüglich des Erfolges! — auch für den mitverursachenden B gelten.

Da die Rechtswidrigkeit aber nicht nur, wie oben gezeigt wurde², auf einer Mißbilligung des **Erfolges** beruhen kann, sondern auch eine Mißbilligung der zu diesem Erfolg führenden **Handlung** verlangt, ist die Prüfung unerläßlich, ob nicht nur dem Täter A, sondern auch dem B die **Verursachung** des — in beiden Fällen gleicherweise — rechtswidrigen Erfolges verboten, ob das Verbot auch an B adressiert ist, ob es also eine auch den B treffende Norm gibt³.

Gerade daran aber fehlt es bei den Amtsdelikten. Hier läßt sich nicht sagen, wie etwa beim Ehebruch, die Stellung des Täters innerhalb eines besonderen Bindungsverhältnisses bedinge nur die Erreichbarkeit des **Tatobjekts**, der Schutz des **Rechtsguts** sei aber **allen** Rechtsunterworfenen in gleicher Weise aufgetragen. Bei der Anstiftung zum Ehebruch z. B. handelt der Anstifter nicht deshalb rechtswidrig, weil der angestiftete Ehegatte **seine** Ehe bricht und deshalb gegen eine nur ihm als Ehegatten auferlegte Pflicht verstieße, sondern deshalb, weil der Anstifter selbst gegen die allgemein verbindliche Eheordnung sich wendet. Die Dienstpflicht des Beamten dagegen ist gerade nicht allgemeinverbindlich. Der Laie verursacht daher zwar, daß ein Beamter rechtswidrig handelt, daraus allein kann aber, wie bereits gezeigt, nicht der Schluß auf die Rechtswidrigkeit des Handelns des Laien gezogen werden. Da es an einer auf die Amtspflichtverletzung des Beamten bezogenen Norm für die Allgemeinheit der Rechtsgenossen

¹⁰ Daß § 160, **historisch** gesehen, auf einem Irrtum beruht (vgl. dazu oben S. 49 die Ausführungen Kohlers) hat darauf keinen Einfluß.

¹¹ Aus der Wortfassung „als Zeuge“ und der Existenz des § 160 könnte man daher allenfalls folgern, daß für alle die, die nicht Zeugen usw. sind, nur der Strafraum des § 160 gelten soll.

¹² Ob als Teilnehmer oder als mittelbarer Täter, ist ohne Belang; vgl. oben S. 30 f

¹ Vgl. oben S. 14.

² Vgl. oben S. 44 ff

³ In der Ausdrucksweise Kohlers: Es ist ein Rechtsgut auch „für“ den anderen Tatbeteiligten B, nicht nur für A. (Ähnlich Köstlin: „relative“ Rechtsverletzung); vgl. oben § 10.

fehlt, kann die bloße Verursachung eines zwar als rechtswidrig erkannten **Erfolges** mangels einer dieser **Verursachung** verbietenden Norm nicht als rechtswidrig bewertet werden⁴.

Es wird von der herrschenden Meinung anerkannt, daß bei den unechten Amtsdelikten die den Beamten zusätzlich belastende erhöhte Rechtswidrigkeit der Handlung für den teilnehmenden Laien außer Betracht bleiben muß. Das heißt, daß insoweit die zusätzliche Norm nur an Beamte, nicht aber an die Laien adressiert ist. Es ist oben bereits gezeigt worden, daß das, was für eine auf erhöhter Rechtswidrigkeit beruhende erhöhte Strafbarkeit gilt, auch dann gelten muß, wenn es sich um die Strafbarkeit überhaupt, hier also um die Begründung der Rechtswidrigkeit handelt⁵. Insbesondere ist gezeigt worden, daß die vom Gesetz angeordnete Sonderbehandlung der Beamten nicht nur dem Gleichheitsgrundsatz nicht widerspricht, sondern sich im Gegenteil gerade als notwendige Folgerung aus ihm ergibt. Ist es also zulässig und sogar geboten, den in einem besonderen Gewaltverhältnis stehenden Bürgern gewisse Handlungen in einem erhöhtem Maße oder überhaupt zu verbieten, und zwar gerade **wegen** dieses besonderen Gewaltverhältnisses⁶, dann ist klar, daß die dadurch geschaffenen Pflichten sich **nur** an die innerhalb dieser Verhältnisse stehenden Bürger richten. Daß mit den von Nagler verwendeten Begriffen der „Primär“- und „Sekundärpflichten“ dagegen nicht angegangen werden kann, ist oben schon ausführlich dargelegt worden⁷. Der Zirkelschluß liegt auf der Hand: **Weil** bei den in einem besonderen Gewaltverhältnis stehenden Bürgern andere Voraussetzungen vorliegen als bei der Allgemeinheit, ist es zulässig, eine Verschiedenbehandlung gegenüber dieser Allgemeinheit eintreten zu lassen, den Beamten mehr Handlungen zu verbieten⁸, für sie also mehr Normen aufzustellen als für die Masse der sonstigen Bürger. Nachdem das zunächst geschehen ist, kann man nicht, sozusagen von hinten her, die Geltung dieser Normen plötzlich auch für die Allgemeinheit fordern.

Der Unterschied zwischen dem die **Rechtswidrigkeit** begründenden — und daher nicht übertragbaren — „persönlichen Merkmal“ Beamteneigenschaft und einem nur äußerlich ähnlichen, **allein** für die **Tatbestandsmäßigkeit** bedeutsamen „persönlichen Merkmal“ soll abschließend nochmals an einem Beispiel gezeigt werden:

Bei der Blutschande stellt das Tatbestandsmerkmal „Verwandter“, bei der Rechtsbeugung das Tatbestandsmerkmal „Richter“ jeweils, äußerlich übereinstimmend, ein „persönliches Merkmal“ dar. Ihre Funktionen sind aber grundlegend verschieden. „Verwandt zu sein“ ist **nur** deswegen von Bedeutung, weil anders das Tatobjekt, die Reinheit der familiären Verhältnisse innerhalb einer Familie, nicht bezeichnet werden kann. Ist dieses Merkmal „Verwandtschaft“ aber gegeben, dann ist es gleichgültig, ob es sich um die „eigene Verwandtschaft“⁹, oder aber um eine „fremde Verwandtschaft“ handelt. Der Gesetzesbefehl, die in § 173 genannten familiären Beziehungen von sexuellen Einflüssen freizuhalten, richtet sich an **jeden** Rechtsunterworfenen. Auch der teilnehmende „Extraneus“ verursacht, daß dieses allgemeine Rechtsgut verletzt wird, und auch ihm ist diese Verursachung verboten. Es wäre, wie schon oben gezeigt, in keiner Weise begründet, die Norm des § 173 etwa so aufzufassen, daß es jedem Bürger nur verboten sei, die Reinheit der **eigenen** Familienverhältnisse in der beschriebenen Weise zu verletzen. Auch wer selbst nicht „verwandt“ ist, verstößt also dadurch, daß er einen Beischlaf zwischen Verwandten verursacht, gegen eine für ihn selbst gültige Norm; das Rechtsgut des § 173 ist „für“ jeden ein Rechtsgut, nur kann er dieses Rechtsgut **eigenhändig** lediglich an ganz bestimmten Tatobjekten, nämlich innerhalb der eigenen Familie, verletzen. Da „Eigenhändigkeit“ aber nur auf den Tatbestand bezogen ist und das für die Ebene des Tatbestandes allein gültige Prinzip der Kausalität eigenhändige und fremdhändige Begehung einander gleichstellt, ist es belanglos, ob das „persönliche Merkmal“ „Verwandter“ bei dem Täter selbst — dann eigenhändige Begehung — oder bei einem evtl. benutzten Tatmittler vorliegt¹⁰. Entscheidend allein ist vielmehr, daß die **Verursachung** des Erfolgs, bestehe sie nun in eigenhändiger oder fremdhändiger Begehung der Tat, allen Rechtsunterworfenen, und daher auch den außerhalb des konkret verletzten Familienkreises Stehenden, verboten ist.

Völlig anders aber verhält es sich bei der Rechtsbeugung. Tatobjekt ist der konkrete Prozeß

⁴ Vgl. dazu eingehend oben S. 44 ff und 82 ff

⁵ Oben S. 78 ff (zusammenfassend)

⁶ Vgl. oben S. 74 bis 79

⁷ Oben S. 24 bis 28

⁸ Oder sie für auch sonst verbotene Handlungen in **erhöhtem** Maße zur Verantwortung zu ziehen.

⁹ Nur hier ist „eigenhändige“ Begehung der Tat möglich.

¹⁰ Damit darf die andere Frage, ob es überhaupt zu dem in § 173 geforderten „Erfolg“, nämlich der geschlechtlichen Verbindung zweier Verwandter, kommt, nicht verwechselt werden. Wenn der Bruder B seinen Freund dazu anstiftet, mit seiner, des B, Schwester zu verkehren, dann ist Blutschande natürlich nicht gegeben; das ist z. B. von Niethammer übersehen worden; vgl. oben S. 24

Maier gegen Schulze, und einer eigenhändigen Begehung des Verbrechens des § 336 kann sich daher nur der Amtsrichter A schuldig machen, der diesen Prozeß selbst entscheidet. Verursachen, daß eine Rechtsbeugung begangen wird, kann dagegen jeder. Nur ist diese Verursachung nicht allen Bürgern, sondern nur denjenigen verboten, denen der Staat ein Richteramt anvertraut hat. Der Rechtsanwalt R¹¹, der dadurch, daß er in seinem Schriftsatz nur auf eine seiner Partei günstige Entscheidung des OLG X hinwies, die entgegengesetzte, objektiv und auch seiner Ansicht nach zutreffende Rechtsprechung des BGH aber verschwiege oder deren Richtigkeit sogar abstritte, ein günstiges, aber falsches Urteil „herausholt“, hat zwar verursacht, daß ein Richter ein falsches Urteil spricht¹², diese Verursachung war aber mangels einer an ihn adressierten Norm nicht rechtswidrig. Unternimmt dagegen der Amtsrichter B in einem „kollegialen Gespräch“ erfolgreich den gleichen Versuch wie im ersten Fall der R, dann kann in seiner Verantwortlichkeit, im konkreten Fall als mittelbarer Täter¹³, kein Zweifel sein. **Insoweit** ist die Parallele zur Lage bei der Blutschande gegeben: **Eigenhändig** kann ein Richter nur in den bei ihm selbst anhängigen Verfahren das Recht beugen. Er — genau wie ein Laie — kann aber durch Vermittlung eines anderen Richters auch in andere Fälle eingreifen, also Tatobjekte verletzen, die ihm zur eigenhändigen Begehung nicht zugänglich wären. Den Tatbestand „fremdhändig“ verwirklichen kann also ein Richter und ein Laie in gleicher tatbestandsmäßiger Weise. Nur richtet sich die Norm des § 336 eben **nur** an Richter, und deshalb ist auch nur ihnen die Verursachung verboten. Nur Richter können also insoweit rechtswidrig handeln¹⁴. Laien sind nur dann verantwortlich, wenn sie durch ihr Vorgehen gegen eine, ihnen selbst auferlegte Norm verstoßen, wenn etwa ein Fall der aktiven Richterbestechung (§ 334 II)¹⁵, des Prozeßbetruges oder eines sonstigen allgemeinen Delikts vorliegt.

Einem Nichtbeamten, der an einem Beamtendelikt mitwirkt, kann daher weder bei den echten, noch bei den unechten Amtsdelikten der allein auf der Beamteneigenschaft beruhende Normverstoß des Beamten angerechnet werden. Ein Laie kann zwar den Tatbestand eines Beamtendelikts¹⁶ erfüllen, und dadurch einen mißbilligten Erfolg verursachen, diese Handlung ist ihm aber nicht verboten, er handelt daher nicht rechtswidrig. Für den Laien gelten nur die allgemeinen, auch **ihn** treffenden Normen¹⁷. Nur soweit seine Handlung gegen **diese** Normen verstößt, ist sie rechtswidrig.

Wenn also ein „persönlicher Umstand“ bereits im objektiven Tatbestand auftaucht, so ist zu unterscheiden, ob er sich **nur** auf die Erreichbarkeit des Tatobjekts bezieht — dann ist die

¹¹ Oder die Partei selbst oder auch ein Dritter, der unter diesen Umständen bei einem Gespräch mit dem Richter in der oben sofort geschilderten Weise vorgeht.

¹² Der Versuch, den Vorsatz bei § 336 in den Tatbestand oder den „spezifischen Unrechtsgehalt“ hineinzugeheimnissen, ist nichts anderes als eine kaschierte Anwendung der Schuldteilnahmetheorie (vgl. dazu schon oben S. 22 ff). Einen Außenstehenden zwar generell, ausnahmsweise aber dann nicht zu belangen, wenn er sich eines gutgläubigen Richters bedient, kann nur aus diesen oder ähnlichen Erwägungen begründet werden. Selbst wenn es richtig wäre, daß nur die „gewollte Rechtsbeugung“ dem „Unrechtsgehalt“ des § 336 gerecht werde, gälte nichts anderes: die Norm des § 336 richtet sich nur an Richter, nur ihnen ist verboten, eine „Rechtsbeugung zu wollen“.

¹³ Angenommen, er läßt den A „gutgläubig“. Sonst kommt u. U. Anstiftung in Frage.

¹⁴ Es soll hier offenbleiben, ob ein Richter bei einem derartigen Vorgehen **immer** rechtswidrig handeln muß. Wenn der Amtsrichter A etwa selbst Partei eines an einem anderen Gericht anhängigen Prozesses ist und dabei in der oben, bei Rechtsanwalt R beschriebenen Weise vorgeht, erscheint dies zweifelhaft. Es wird wohl darauf ankommen, ob er „in seiner Eigenschaft als Richter“ (was nicht gleichbedeutend ist damit, daß er selbst den Prozeß leitet) tätig wird oder nicht. Wenn er etwa selbst in der Rolle einer Partei steckt, wird man auch für ihn schwerlich andere als die allgemein geltenden Normen aufstellen dürfen. Dagegen wird § 336 zweifellos dann Anwendung finden dürfen, wenn etwa der Richter 2. Instanz A auf den Richter 1. Instanz B einwirkt, auch wenn der Prozeß noch in 1. Instanz anhängig ist und unter Umständen auch nie an die Kammer des Landgerichtsrates A kommen wird.

¹⁵ Gerade die Existenz dieses Delikts zeigt, daß das Gesetz **generell** die eine Rechtsbeugung **verursachende Handlung eines Extraneus** nicht als rechtswidrige und daher strafbare Verursachung ansieht, sondern nur dann, wenn sie mit den Mitteln des § 334 II begangen wird; vgl. dazu schon oben S. 172 ff; es wäre unsinnig, die Partei, die durch bloßes Bitten unter Hinweis auf ihre Notlage den Richter zur Rechtsbeugung anstiftet, aus § 336, also **ohne** die Möglichkeit mildernder Umstände mit mindestens einem Jahr Zuchthaus zu bestrafen, dagegen die Partei, die — in der gleichen Notlage — sich des verwerflichen Mittels der **Richterbestechung** bedient, mit Gefängnis von beispielsweise einem Tag. Eingehend zu ähnlichen Fällen oben S. 68—71.

¹⁶ Das muß entsprechend auch für ähnliche, auf die besonderen Verhältnisse eines bestimmten Berufs abstellende Tatbestände gelten; hierher gehört z. B. § 300, Verletzung des Berufsgeheimnisses; die Prüfung ist darauf zu richten, ob es wegen der bei einer bestimmten Gruppe vorliegenden Verhältnisse gestattet ist, Handlungen, die im allgemeinen straflos sind, gerade für sie zu verbieten (oder eine höhere Strafe auszusetzen); kann das besondere Verbot nur aus dieser Verschiedenheit gerechtfertigt werden, dann kann es nicht an die Allgemeinheit gerichtet sein.

¹⁷ Vgl. dazu den treffenden Vergleich Kohlers: Genau so gut könne man sagen, daß jemand, der gerade französisch spreche, dadurch gegen die Regeln der deutschen Grammatik usw. verstoße; er steht eben **außerhalb** dieser Regeln (Kohler, Persönliche Beziehungen S. 173 unten).

Setzung dieses Tatbestandes **jedem** verboten, Beispiel Blutschande, Ehebruch —, oder ob das Gesetz die jeweilige Handlung nur denjenigen, bei denen der persönliche Umstand vorliegt, verbietet,¹⁸ — dann handelt der Extrane zwar tatbestandsmäßig, aber mangels Verletzung einer ihn treffenden Norm nicht rechtswidrig, Beispiel Beamtendelikt.

D. Kurze Zusammenfassung der eigenen Lösung, Definition des Sonderdelikts.

Ob ein bei dem Tatbeteiligten¹ A vorliegender „persönlicher Umstand“ für den Tatbeteiligten B von Bedeutung ist, ist — entgegen der herrschenden Meinung — unabhängig davon zu beurteilen², ob dieser Umstand die Strafbarkeit **begründet** oder sie **verändert**. Eine derartige, nur auf die **konstruktive** Wirkung abstellende Unterscheidung führt, wie gezeigt, zu völlig sinnwidrigen Ergebnissen; sie entspricht weder dem Wortlaut des § 50 noch dem Willen des Gesetzgebers. Selbst wenn man weder den auf den Wortlaut, noch den auf den klaren Inhalt der Motive gestützten Argumenten folgen wollte, wäre der Schluß unabweisbar, daß für strafbegründende Umstände die gleichen Regeln wie für strafändernde gelten müssen: Ein Umkehrschluß hat sich aus logischen Gründen als unzulässig erwiesen, der aus logischen Gründen zulässige Analogieschluß dagegen war aus teleologischen Überlegungen heraus zwingend. Dieses Ergebnis ließ sich last not least auch aus dem verfassungskräftig verbürgten Gleichheitssatz (Art. 3 GG) ableiten³.

Statt auf diese abgelehnte, rein konstruktive Unterscheidung war auf die **sachliche** Funktion der persönlichen Merkmale im Verbrechensaufbau abzustellen: Alle diejenigen persönlichen Merkmale, die als Schuld-⁴ und Rechtswidrigkeitselemente⁵ aufzufassen sind, dürfen nur dem angerechnet werden, bei dem sie vorliegen. Ist in den Tatbestand eines Delikts ein persönlicher Umstand dagegen **nur** deshalb aufgenommen, weil anders das betreffende Tatobjekt — eigenhändig — nicht zu erreichen und die tatbestandsmäßige Handlung daher anders gar nicht zu **bezeichnen**⁶ ist, dann ist dieser persönliche Umstand qua Kausalität „übertragbar“. In diesen Fällen (Blutschande usw.)⁷ ist das gesetzliche Verbot nämlich nicht nur an diejenigen adressiert, die in dem betreffenden „persönlichen Verhältnis zum **Tatobjekt**“ stehen, sondern an alle. Derartige Umstände sind keine „besonderen“ persönlichen Umstände im Sinne des § 50 II⁸.

¹⁸ Verboten **will** und verboten **kann**, vgl. die Erwägungen zu Art. 3 GG, oben S. 74—79 und unten S. 95—98.

¹ Erfasst sind mit diesem Ausdruck Teilnahme im engeren Sinne (also Anstiftung und Beihilfe), Mittäterschaft und mittelbare Täterschaft.

² Zur Begründung vgl. oben § 12; insbesondere (zusammenfassend) S. 79.

³ Diesem Argument kommt vor allem Bedeutung zu gegenüber dem noch zu erörternden Entwurf 1960 und dem Wehrstrafgesetzbuch, vgl. sogleich unten § 18.

⁴ Die reinen Strafbarkeitsvoraussetzungen sind wegen ihrer geringen Bedeutung hier nicht nochmals aufgenommen; zudem wird, soweit ersichtlich, der oben S. 81 mitgeteilten Auffassung auch nirgendwo widersprochen. Daß dies an sich eine Inkonsistenz der h. M. bedeutet, wurde oben schon angedeutet: der oft angeführte Satz, bei den reinen Strafbarkeitsbedingungen verstehe sich eine höchstpersönliche Anrechnung von selbst, daher beziehe sich § 50 II darauf überhaupt nicht, wird durch die Aufnahme der „Strafausschließungsgründe“ (VO vom 29. 5. 1943) in § 50 II widerlegt; denn diese „Strafausschließungsgründe“ versteht die h. M. unstreitig — auch — als **reine** Strafausschließungsgründe. Auch hier hätte sie also zu einem Umkehrschluß kommen müssen.

⁵ Da für beide das gleiche gilt, braucht auf die umstrittene Einordnung der „Tendenzen“ nicht eingegangen werden, vgl. oben S. 86.

⁶ Der Gesetzeswortlaut geht meist vom Normalfall, also von der „eigenhändigen“ Begehung aus: „Wer tötet“ und nicht, „wer den Tod verursacht“ (§ 212). Hier wäre allerdings die sachlich richtigere „Verursachungsfassung“ ohne weiteres auch sprachlich vertretbar (vgl. § 221). Wenn der tatbestandsmäßige Erfolg aber gerade in der Herstellung einer bestimmten Beziehung zwischen dem Opfer und dem unmittelbar, „eigenhändig“ handelnden Täter besteht, dann ist eine Wortwahl, die auch das Handeln des entfernt wirkenden, „mittelbaren“ Täters erfaßt, oft schwierig und wirkt gekünstelt: „Die Verursachung des Beischlafs zwischen Geschwistern“. — Daß aus diesen **sprachlichen** Schwierigkeiten keine **sachlichen** Folgerungen (etwa Ausschluß der mittelbaren Täterschaft bei den sogenannten „eigenhändigen“ Delikten) gezogen werden sollten, ist eigentlich selbstverständlich; vgl. dazu eingehend Frühauf a. a. O.

⁷ Vgl. oben § 15.

⁸ Daß die eigenhändige Erreichbarkeit eines bestimmten Tatobjekts nichts besonderes ist, ist an sich selbstverständlich; niemand käme auf die Idee zu sagen, das Stehlen von Kraftfahrzeugen zum Beispiel sei nur denen verboten, die eine solche Wegnahme „eigenhändig“ vornehmen könnten, da sie die Fahrkunst beherrschen; oder die Wegnahme von Doppelzentnersäcken sei nur denen untersagt, die über die erforderliche Leibeskraft verfügen.

Handelt es sich dagegen um „persönliche Verhältnisse gegenüber dem Rechtsgut“, d. h. ist die Verletzung⁹ des Rechtsguts nur einem bestimmten Kreis von Personen verboten, dann muß von „besonderen“ persönlichen Eigenschaften und Verhältnissen im Sinne des § 50 II gesprochen werden.

„Besondere“ und daher nicht übertragbare Umstände sind alle die, die für die Begründung des Rechtswidrigkeits- oder Schuldurteils von Bedeutung sind.

Wenn dieses Urteil für die Person des Tatbeteiligten A gefällt werden kann, so läßt das keinerlei Rückschluß auf die Rechtswidrigkeit des Handelns des Tatbeteiligten B zu. Dieses Urteil kann allein aus den in der Person des B vorliegenden¹⁰ Umständen entnommen werden. Entscheidend ist die Rechtswidrigkeit **seiner** Handlung und der Schuldvorwurf, der **seiner** Person gemacht wird¹¹.

Daher ist bei allen denjenigen Straftaten, bei denen Rechtswidrigkeit oder Schuld von persönlichen Merkmalen abhängig sind¹², bei denen also **besondere** persönliche Eigenschaften und Verhältnisse im Sinne des § 50 II vorliegen, eine strafbare Beteiligung desjenigen ausgeschlossen, bei dem diese Merkmale in eigener Person nicht vorliegen. Er kann weder als unmittelbarer noch als mittelbarer Täter, weder als Anstifter noch als Gehilfe noch als Mittäter eines derartigen Delikts zur Verantwortung gezogen werden.

Die Rechtswidrigkeit **seiner** Handlung, und der Schuldvorwurf, der **ihm** gemacht werden kann, bestimmten sich allein nach **seinen** Umständen.

Bezieht sich das persönliche Merkmal nur auf die Schuld, dann ist zu überlegen, ob die restlichen, bei dem „Extraneus“ vorliegenden Schuldumstände¹³ den in einem etwaigen Grunddelikt oder einer sonstigen allgemeinen Straftat geforderten geringeren „Ansprüchen“ genügen. Ist ein derartiges Delikt nicht zu finden, dann ist freizusprechen, da das vom Gesetz geforderte Ausmaß der Schuld bei **diesem** Beteiligten nicht gegeben ist¹⁴. Dient das persönliche Merkmal dagegen dazu, den Kreis der Verpflichteten von der Allgemeinheit abzuheben, dann ist zu prüfen, ob es eine allgemeine und daher auch an den Extraneus adressierte Norm¹⁵ gibt. Nur gegen diese, nicht aber gegen die dem Sonderdelikt zugrundeliegende Norm kann der Extraneus verstoßen. Gibt es eine derartige Norm nicht, dann war sein Handeln nicht rechtswidrig.

Wenn daher ein „persönliches Merkmal“ bereits im — äußeren — Tatbestand auftaucht, dann muß unterschieden werden, ob das Gesetz dieses „persönliche Merkmal“ **nur** deshalb nennt, weil anders das jeweilige **Tatobjekt** nicht erreicht und die — **allen** verbotene — tatbestandsmäßige Handlung anders nicht bezeichnet¹⁶ werden kann (z. B. Blutschande), oder aber, ob das Gesetz die Verursachung der tatbestandsmäßigen Handlung nur einem engeren Kreis, nämlich den mit der besonderen Eigenschaft ausgestatteten Bürgern **verboten** hat (z. B. Amtsdelikte).

⁹ Oder die auf eine **bestimmte Art** vorgenommene Verletzung eines Rechtsguts.

¹⁰ Es ist oben S. 81 ff und S. 86 gezeigt worden, daß gerade bei „Absichts“-Delikten häufig daraus, daß B die primär nur bei A gegebene Absicht kennt und gleichwohl sich an der Tat beteiligt, auf eine auch bei B vorliegende „Absicht“ geschlossen werden kann. Dies ist in erster Linie eine Frage der Auslegung des Begriffs der „Absicht“. Ist sie, wie oft, lediglich als „Vorsatz“ (dolus directus) zu verstehen, dann ist ein derartiges Vorgehen unbedenklich; festzuhalten ist aber: B wird deshalb bestraft, weil **bei ihm selbst** diese „Absicht“ vorgelegen hat, nicht aber deshalb, weil der A „absichtlich“ handelte. Daß, die „Absicht“ des B ihrerseits nur auf der „Absicht“ des A beruht, ist selbstverständlich ohne Belang! Kann also auf der Ebene der Schuld die anfängliche bloße **Kenntnis** der schuld begründenden Umstände in der Person eines anderen dazu führen, daß **eigene** Schuld begründet wird, so gilt das für die Rechtswidrigkeit natürlich nicht: Die Kenntnis, daß der Tatbeteiligte A gegen eine für ihn (A) gültige Norm handelt, kann nicht bewirken, daß diese Norm auf B ausgedehnt wird. Die Adressaten der Norm bestimmt das Gesetz, nicht der Delinquent.

¹¹ Vgl. dazu die scharfen, voll zutreffenden Ausführungen Kohlers, oben S. 47 ff

¹² Gleichgültig, ob Rechtswidrigkeits- und Schuldvorwurf begründet oder nur verändert werden.

¹³ Etwa Vorsatz ohne eine etwaige zusätzliche Absicht; zur häufig möglichen Feststellung dieser Absicht auch bei dem „Hintermann“; vgl. aber oben Anm. 10.

¹⁴ Wenn das Gesetz in § 242 z. B. eine „vorsätzliche Wegnahme“ allein noch nicht für strafrechtlich relevant hält, sondern nur dann Strafe verhängen will, wenn zu dem auf Wegnahme gerichteten Vorsatz noch eine auf Zueignung gerichtete „Absicht“ tritt (vgl. dazu schon oben § 14 Anm. 9) dann kann ein am Diebstahl objektiv Beteiligter, der nur wegnehmen — lassen —, nicht aber zueignen — lassen — will, nicht bestraft werden. Dazu, daß in diesen Fällen aus der u. U. vorhandenen **Kenntnis**, daß ein **anderer** zueignen will, die eigene Absicht (= Vorsatz) zuzueignen, sich fast notwendig ergibt, vgl. oben § 14 Anm. 9); es lassen sich aber auch andere Fälle denken, z. B. bei der Gewerbs- oder Gewohnheitsmäßigkeit; vgl. aber auch insoweit ein Gegenbeispiel oben § 2 Anm. 2.

¹⁵ Dabei spielt keine Rolle, ob dieses Delikt Grundtatbestand des — speziellen — Sonderdeliktes oder ein sonstiges Delikt ist, ob also bei einem „Sondertäter“ Gesetzes- oder Idealkonkurrenz einträte.

¹⁶ Vgl. oben § 17 Anm. 6.

Im ersten Fall ist das „persönliche Merkmal“ übertragbar, im zweiten Fall nicht¹⁷. Nur in diesem zweiten Fall handelt es sich also um ein wirkliches „Sonderdelikt“.

Die übliche Definition, Sonderdelikte seien alle diejenigen Straftaten, für deren Tatbestand ein „eingeschränkter Täterkreis“,¹⁸ also „Täter mit besonderen Merkmalen“¹⁹ erforderlich seien, ist demnach ungenau. Diese Begriffsbestimmung umfaßt zwar **auch** diejenigen Delikte, die, wie soeben gezeigt, wegen der Nichtübertragbarkeit des persönlichen Merkmals wirklich als **Sonderdelikte** aufzufassen sind. Wegen ihrer zu weiten Fassung hat sie aber zu dem Trugschluß geführt, als ob man — bezüglich der Übertragbarkeit des jeweiligen persönlichen Merkmals — Ehebruch, Blutschande usw. nicht von den Amtsdelikten unterscheiden könne²⁰, denn auch § 173 (Blutschande) bezeichne, genau wie die Amtsdelikte, einen „engeren Personenkreis“. Bei formaler Betrachtung ist dies richtig: „Verwandte“ sind ein engerer Personenkreis als jedermann. Diese formale Übereinstimmung darf aber nicht zu dem Denkfehler führen, als ob die Hervorhebung dieser Gruppen (Verwandte — Beamte) auch **sachlich** auf dem gleichen Grunde beruhe. Dabei würde übersehen, daß der Gesetzgeber in § 173 den „engeren Personenkreis“ ‚Verwandte‘ **nur** deshalb nennt, weil er anders das strafbare Verhalten nicht **beschreiben** kann. Anders hätte das Gesetz den zu erfassenden Lebenssachverhalt nicht bezeichnen können, wenn es sich nicht in schwer verständlichen Abstraktionen verlieren wollte²¹. Die Bezeichnung einer engeren Gruppe ist in diesen Fällen **allein** eine Frage legislativer Technik. Hier ist die Verursachung des tatbestandsmäßigen Erfolges **allen** Bürgern verboten, die Teilnahme der „Außenstehenden“ ist also rechtswidrig und strafbar²². Delikte, bei denen sich die „persönliche Eigenschaft“ **nur** auf die Erreichbarkeit des **Tatobjekts** bezieht, bei denen die Verletzung des Rechtsguts aber **allen** Bürgern **verboten** ist, sind daher keine Sonderdelikte²³.

Bei den wirklichen Sonderdelikten dagegen beruht die Bezeichnung der engeren Gruppe im Tatbestand nicht — nur — auf legislativer Technik. Hier hat die Gruppierung einen **sachlichen** Grund: **Nur** den Angehörigen der Gruppe (z. B. den Beamten) ist die Verursachung des tatbestandsmäßigen Erfolges verboten, die Allgemeinheit der Bürger steht außerhalb der Normen, die der Gesetzgeber — aus bestimmten Gründen²⁴ — nur einem engeren Personenkreis auferlegt hat²⁵. Die Verursachung oder Mitverursachung des Erfolgs durch Außenstehende ist nicht rechtswidrig²⁶. Sonderdelikte²⁷ sind daher Straftaten, bei denen die Verursachung des tatbestandsmäßigen Erfolges nicht allen Rechtsunterworfenen, sondern nur der im Tatbestand genannten engeren Gruppe verboten ist²⁸. Eine strafbare Teilnahme Außenstehender kommt nicht in Betracht.

¹⁷ Die Ausdrücke „übertragbar“ und „nicht übertragbar“ dienen nur der bildhaften, abkürzenden Beschreibung. Es ist oben (§ 13, zusammenfassend S. 85) dargelegt worden, daß auf der Ebene der Tatbestandsmäßigkeit in beiden Fällen die „persönliche Eigenschaft“ „übertragen“ wird: Der Außenstehende **verursacht**, daß der Bruder mit der Schwester Blutschande begeht und daß ein Richter das Recht beugt. Da das Gesetz **allen** Bürgern die Verursachung von blutschänderischen Handlungen verbietet, handelt der „Außenstehende“ in diesem Fall rechtswidrig und ist daher strafbar. Im Falle der Rechtsbeugung ist dem Bürger — und seinem Anwalt — dagegen nicht verboten, ein falsches Urteil zu beantragen (andernfalls würde fast in jedem Prozeß eine der Parteien — wenigstens objektiv — versuchte Rechtsbeugung oder versuchte Anstiftung zur Rechtsbeugung begehen). Näheres dazu oben S. 90 ff.

¹⁸ Mezger, Lehrbuch S. 186.

¹⁹ Schwarz-Dreher, Bem. C 2 vor § 1; Schönke-Schröder, Bem. X 1 vor § 47 sprechen von besonderer „Täterqualitat“.

²⁰ Vgl. dazu eingehend oben § 15.

²¹ Vgl. oben § 17 Anm. 6.

²² Vgl. eingehend oben S. 83 ff, 87 ff.

²³ In diesen Fällen handelt es sich um keine „besondere persönliche Eigenschaft“ i. S. des § 50 II, so daß einer Übertragung nichts im Wege steht; vgl. dazu auch oben § 17 Anm. 17.

²⁴ Vgl. oben S. 74, 82, 87 ff.

²⁵ Und — wenigstens zum Teil — auch nur diesem engeren Kreis auferlegen **durfte**; vgl. oben S. 74 ff.

²⁶ Aus den Gründen des — echten oder unechten — **Sonderdelikts**; ein etwaiges Grunddelikt oder eine ideell konkurrierende andere Straftat wird davon selbstverständlich nicht berührt.

²⁷ Auf die lediglich konstruktive Unterscheidung in „echte“ und „unechte“ Sonderdelikte kommt es dabei nicht an.

²⁸ Hierher gehören in erster Linie die Amtsdelikte. Wie im Einzelfall festgestellt wird, ob der Fassung des Tatbestandes diese Einschränkung des gesetzlichen Verbotes zu entnehmen ist, oder ob es sich lediglich um die Erreichbarkeit des Tatobjekts handelt, ist oben dargestellt; vgl. S. 85 ff.

Schlußbemerkung: Das Wehrstrafgesetz und der Entwurf eines StGB 1960.

Der erste Teil der Arbeit war einer kritischen Übersicht über die bisher vertretenen Meinungen in Literatur und Rechtsprechung gewidmet. Im zweiten Teil wurde der eigene Lösungsvorschlag entwickelt und — zum Teil unter Rückgriff auf die im ersten Teil bereits als stichhaltig anerkannten Argumente einzelner Autoren¹ — zu begründen versucht. In der jetzt folgenden abschließenden Betrachtung sollen die so gefundenen Ergebnisse auf die im Entwurf 1960 und im WStG getroffenen Regelungen angewendet werden.

I. § 1 III WStG² lautet:

„Wegen Anstiftung und Beihilfe zu militärischen Straftaten ist nach diesem Gesetz auch strafbar, wer nicht Soldat ist.“

Versteht man diese Bestimmung so, daß sie **alle**, also auch die uneigentlichen Militärvergehen erfaßt³, (etwa die Nötigung eines Vorgesetzten, § 24 WStG), so kann gegen ihre Zulässigkeit grundsätzlich nichts eingewendet werden⁴. Der Gesetzgeber hat es in der Hand, an wen er seine Normen adressieren will, solange er dabei nicht die Grenzen der Willkür überschreitet⁵. Er kann tatsächlich bestehende Unterschiede (Soldat — Nichtsoldat) beachten, er kann sie aber auch, innerhalb des genannten Spielraums, für unbeachtlich erklären. Bei der Untersuchung der Amtsdelikte⁶ wurde die herrschende Meinung zu den echten Amtsdelikten gerade deshalb für falsch erklärt, weil der Gesetzgeber (bei den unechten Amtsdelikten) hat erkennen lassen, daß er den Unterschied Beamter — Nichtbeamter **anerkennt**, und es wurde aus der Natur des Beamtenverhältnisses als eines besonderen Gewaltverhältnisses abgeleitet, daß dieser Unterschied notwendig anerkannt werden **muß**. Aus **diesem** Grunde war bei der Teilnahme am echten Amtsdelikt eine Gleichbehandlung von Beamten und Nichtbeamten verboten.

Zwar ist auch das Soldatsein ein besonderes Gewaltverhältnis. Vom Beamtenverhältnis unterscheidet es sich aber dadurch, daß die Begründung des Beamtenverhältnisses⁷ freiwillig ist, das Soldatenverhältnis aber aufgezwungen werden kann. Es gibt keine allgemeine Beamtenwohl aber eine allgemeine Wehrpflicht⁸. Es erscheint daher zulässig, zur Wahrung der erst im „Soldatenverhältnis“ sich konkretisierenden Pflichten auch alle diejenigen Staatsbürger zu verpflichten, die noch nicht oder nicht mehr oder aus körperlichen Gründen etwa auch niemals im „konkreten Soldatenverhältnis“ selbst stehen. Da es eine **allgemeine** Wehrpflicht gibt, kann der Gesetzgeber seine Normen auch an **alle** Staatsbürger richten, und nicht nur an die, die im jeweiligen Zeitpunkt gerade selbst Soldaten sind. Die Gleichbehandlung eines Soldaten mit einem Nichtsoldaten ist daher zulässig, da auch der Nichtsoldat „Wehrpflichtiger“ ist. Er steht nicht außerhalb des Kreises, an den sich die Gesetzesbefehle richten und richten dürfen. Es war daher zulässig, das WStG durch die Aufnahme des § 1 III an alle Staatsbürger zu adressieren. Die Soldateneigenschaft ist also ein Merkmal, das sich lediglich auf die Erreichbarkeit des **Tatobjekts** bezieht; auch der tatbestandsmäßig handelnde Nichtsoldat (der sich **notwendig** eines Soldaten als Mittlers bedienen muß), also der Laie, der verursacht, daß der Soldat eines der in §§ 15 ff. WStG bezeichneten Delikte ausführt, handelt **rechtswidrig**, da er eine für ihn gültige Norm verletzt. Die Militärdelikte sind also keine Sonderdelikte.

¹ Verwendet wurden insbesondere die Darlegungen Köstlins und Kohlers, von neueren Schriftstellern vor allem Piotet und Oehler; vgl. oben § 13.

² Wehrstrafgesetzbuch vom 30. 3. 1957, in Kraft getreten am 1. 5. 1957.

³ § 50 II wäre also bezüglich der Militärstraftaten nicht anwendbar; das ist, wie sich zeigen wird, gerechtfertigt, da das „Soldatsein“ kein „besonderer“ persönlicher Umstand ist, sondern lediglich die Erreichbarkeit des **Tatobjekts** bedingt; die Normen des Wehrstrafgesetzbuches sind an alle gerichtet, auch „Laien“ handeln daher rechtswidrig; wollte man dagegen § 1 III WStG nur für die **echten** Soldatendelikte gelten lassen, also für die Fälle, in denen das „Soldatsein“ strafbegründend wirkt, ergäben sich ähnliche Bedenken wie bei den Amtsdelikten; es wird jedoch im Text sogleich gezeigt werden, daß es sich bei dem Soldatendelikt um kein Sonderdelikt handelt.

⁴ Allenfalls gegen die vom extensiven Täterbegriff her unverständliche Ausnahme für die mittelbare Täterschaft *inwieweit* wegen der so angeordneten Ungleichheit aus dem Gesichtspunkt des Art. 3 GG Bedenken bestehen, soll hier offenbleiben; ein vernünftiger, diese Unterscheidung berechtigender Grund ließe sich unter Umständen in dem in § 4 II WStG ausgedrückten Gedanken sehen (Absehen von Strafe, wenn die Wahrung der **Disziplin** im Heer Bestrafung nicht erfordert); dies ließe sich etwa allgemein von allen Fällen mittelbarer Täterschaft eines Laien sagen und darum könnte es gerechtfertigt sein, daß schon das Gesetz „von Strafe absieht“. Im übrigen aber erscheint es kaum sinnvoll, denjenigen Laien, der einen gutgläubigen oder geisteskranken Soldaten benutzt, besser zu stellen, als einen „normalen“ Anstifter.

⁵ Vgl. oben S. 74 bis 79.

⁶ Vgl. oben S. 89, 90; vgl. auch schon S. 77 ff.

⁷ Das gilt nicht nur für den staatsrechtlichen, sondern auch für den strafrechtlichen Beamtenbegriff; vgl. oben S. 74 bis 79 und 89, 90.

⁸ Das gilt auch für Frauen und Kriegsdienstverweigerer, vgl. Art. 12 II, III ff.; Frauen dürfen lediglich nicht zu Diensten „im Verband der Streitkräfte“, Kriegsdienstverweigerer nicht zum Dienst „mit der Waffe“ verpflichtet werden. „Wehrpflichtig“ überhaupt sind daher **alle** Staatsbürger.

II. Bei den bei flüchtigem Zusehen ähnlich erscheinenden Amtsdelikten dagegen, das sei nochmals betont, gibt es eine an „Laien“ gerichtete Norm nicht. Hier ist der Gesetzgeber in einer dem § 1 III WStG ähnlichen Weise nicht vorgegangen⁹, noch darf er in dieser Weise vorgehen. Genau das ist aber in dem Entwurf 1960, mit dessen Erörterung die Arbeit abgeschlossen werden soll, geschehen.

Im einzelnen ergibt sich folgendes:

Der Entwurf erkennt in § 29 zunächst die Richtigkeit des extensiven Täterbegriffs an:

„Als Täter wird bestraft, wer die Straftat selbst oder durch einen anderen begeht.“

§ 33 II entspricht fast wörtlich¹⁰ dem heutigen § 50 II, und der Grundsatz des heutigen § 50 I findet sich, gleichfalls ohne sachliche Änderung, in § 34. Anders als im geltenden Strafgesetzbuch sind aber „strafbegründende“ persönliche Verhältnisse ausdrücklich erwähnt, und zwar in § 33 I:

„Fehlen besondere persönliche Merkmale... welche die Strafbarkeit des Täters begründen, beim Teilnehmer (Anstifter oder Gehilfe), so ist dessen Strafe... zu mildern“.¹¹

Die Stellungnahme des Entwurfs entspricht also der oben wiedergegebenen¹², insbesondere von Mezger vertretenen sogenannten „Mittelmeinung“. Die Kritik, die an dieser Mittelmeinung geübt wurde, trifft daher auch hier zu. Im einzelnen wird daher auf die obigen Ausführungen verwiesen¹³. Eine sachliche Begründung dafür, warum bei strafbegründenden Merkmalen etwas anderes gelten soll als bei strafverändernden, geben auch die Motive des Entwurfs in keiner Weise. Stattdessen heißt es lediglich, es sei „allgemeine Meinung“¹⁴, daß strafbegründende Merkmale, im Gegensatz zu strafändernden, auch dem angerechnet werden müßten, bei dem sie nicht vorlägen. Es ist klar, daß einer Gesetzesänderung, die sich lediglich auf eine, wie ich hoffe, als falsch nachgewiesene, „allgemeine Meinung“¹⁴ stützt, nicht zugestimmt werden kann. Natürlich könnten für den Fall, daß § 33 I Gesetz wird, diejenigen Argumente, die auf den Wortlaut und die Motive des jetzigen § 50 II gestützt sind, nicht mehr verwendet werden, jedenfalls nicht mehr direkt. Merkwürdig genug wäre aber auch in einem solchen Falle, daß aus einer Bestimmung, die nach dem klaren Inhalt der Motive des Gesetzgebers von 1870 auch auf die strafbegründenden Umstände angewendet werden mußte¹⁵, auf dem Umweg über eine den Wortlaut und die Motive mißachtende, daher falsche Rechtsprechung und Literatur genau das Gegenteil werden sollte.

Entscheidend braucht man darauf aber nicht abzustellen. Zunächst treten nämlich die oben aufgezeigten systematischen Widersinnigkeiten¹⁶ auch jetzt, trotz der angeordneten „Strafmilderung“ auf. Der gleiche Umstand, z. B. die Beamteneigenschaft, soll dem Teilnehmer einmal überhaupt nicht (beim unechten Amtsdelikte), zum anderen aber gerade als Grundlage seiner Strafbarkeit (beim echten Amtsdelikte) angerechnet werden. Daß das tatsächliche Fehlen dieser Eigenschaft im zweiten Fall „beim Teilnehmer wenigstens strafmildernd berücksichtigt werden“ soll, kann an dieser Widersinnigkeit nichts ändern. In dem Falle der Strafmilderung wird es beim Teilnehmer **überhaupt nicht**, und nicht etwa nur „strafmildernd“ berücksichtigt. Es ist oben ausführlich dargelegt worden, daß eine derartig unterschiedliche Regelung für gleiche Lebenssachverhalte dem Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 GG widerspricht¹⁷. Schon allein dieses Argumentes wegen sollte § 33 I des Entwurfs gestrichen werden. Wird er gleichwohl Gesetz, so bestehen an seiner Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz begründete Zweifel.

Die vom Entwurf vorgesehene Behandlung strafbegründender persönlicher Merkmale stellt einen Kompromiß dar. In der zu entscheidenden Frage ist ein Kompromiß jedoch nicht zulässig, da es sich um eine klare kontradiktorische Alternative handelt: Entweder sind die Delikts-

⁹ Entgegen der Auffassung der herrschenden Meinung; das ist oben ausführlich begründet worden. Vgl. S. 74 ff.

¹⁰ Statt der „besonderen persönlichen Eigenschaften oder Verhältnisse“ ist lediglich der allgemeine Ausdruck „besondere persönliche Merkmale“ gebraucht (vgl. dazu die Legaldefinition in § 14 I und in den Motiven S. 143; damit solle endlich die „Dauer“ aus den Erwägungen zu § 50 a. F. verschwinden!) und statt „Täter oder Teilnehmer“ wird „Beteiligter“ gesetzt.

¹¹ und zwar nach Maßgabe des § 64, der technische Regeln für das Vorgehen in sämtlichen Fällen einer Strafmilderung aufstellt, der Funktion nach also etwa den heutigen §§ 44 II und III, 45 entspricht.

¹² oben § 7.

¹³ Vgl. insbesondere oben S. 32.

¹⁴ Motive Entwurf 1960 S. 144 (zu § 33): diese Meinung sei auch in § 1 III des Wehrstrafgesetzbuches vom 30. 3. 1957 anerkannt worden; zum Wehrstrafgesetzbuch vgl. oben S. 95.

¹⁵ Vgl. oben S. 63–68.

¹⁶ Vgl. oben S. 68–71.

¹⁷ Vgl. oben S. 74 ff.; insbesondere ist gezeigt worden, daß der Gleichheitsgrundsatz auch den Gesetzgeber bindet und daß es daher, sogar vor allem, auf eine Gleichbehandlung bezüglich des Strafrahmens, nicht etwa nur bezüglich der konkreten Strafe, ankommt.

voraussetzungen in der Person des teilnehmenden Extraneus gegeben oder sie sind nicht gegeben. **Wenn** sie gegeben sind, dann ist auch der „Extraneus“ zu bestrafen, und zwar nach der Vorschrift, die die Bestrafung dessen anordnet, der diese Voraussetzungen erfüllt, also aus dem „Sonderdelikt“. Sind diese Deliktsvoraussetzungen jedoch nicht — oder nicht alle! — gegeben, dann darf Strafe nicht verhängt werden. Entweder ist auch dem Extranen die Verursachung des in einem — echten — Amtsdelikt beschriebenen Erfolges verboten oder sie ist es nicht. Einen dritten Fall gibt es nicht.

Im Vergleich mit der kompromißlerischen Lösung des Entwurfs stellt die herrschende Meinung de lege lata geradezu ein Musterbeispiel an Folgerichtigkeit dar — vorausgesetzt, daß man ihre Behandlung der **strafbegründenden** Merkmale isoliert betrachtet¹⁸. Der unaufhebbare Widerspruch, der bei ihr nur „extern“, nämlich in der Verschiedenbehandlung strafbegründender und strafändernder — sachlich aber identischer — Merkmale auftritt, wird durch den Entwurf potenziert: Jetzt sollen die gleichen Merkmale nicht nur verschieden behandelt, also einmal berücksichtigt und einmal nicht berücksichtigt werden, sie sollen vielmehr, **wenn** sie berücksichtigt werden (also im Falle der Strafbegründung), „doch nicht so ganz“¹⁹ berücksichtigt werden.

Die Unrichtigkeit der in § 33 I versuchten Kompromiß-„Lösung“ ergibt sich aus einem weiteren, auf den Entwurf selbst gestützten Argument. Es ist oben gezeigt worden, daß besondere Merkmale im Sinne des § 50 II (= § 33 Entwurf 1960) auch solche sein können, die sich allein auf die Schuld beziehen — etwa eine neben dem Vorsatz geforderte Absicht, oder ein besonders Motiv²⁰. Wenn der Entwurf nun den Schuldgrundsatz des § 50 I als § 34 übernimmt, ihn in den „Mittelpunkt der Teilnahme und Schuldlehre“ stellt und damit ausdrücklich anerkennt, „daß bei jedem Beteiligten die Schuld besonders zu prüfen ist und höhere Schuld des einen dem anderen nicht zugerechnet werden darf“²¹, dann steht das in offenbarem Widerspruch zu der für die Übertragbarkeit strafbegründender Umstände getroffenen Regelung. Wenn schon die Schuld generell bei jedem Beteiligten gesondert zu prüfen ist, dann kann nicht — und zwar ausgerechnet in dem wichtigsten Fall — aus dem Vorliegen eines schuld**begründenden** Merkmals bei dem Täter auf die Schuld des Teilnehmers geschlossen werden. Auch dann muß das im Falle der „Straf“-änderung geltende Prinzip des § 33 II angewendet werden: Nur die bei dem Teilnehmer selbst vorliegenden Merkmale sind für ihn von Bedeutung. Der nachgewiesene Widerspruch ist nur damit zu erklären, daß man sich — was allerdings angesichts der seitherigen Behandlung der „besonderen Merkmale“ verständlich erscheint — nicht genügend klar gemacht hat, daß die in § 33 I aufgeführten, „die Strafbarkeit²² begründenden Merkmale“ **auch** solche sein können, auf denen der Schuldvorwurf beruht²³. Daß wenigstens auf **diese** Merkmale der in § 34 allgemein ausgesprochene, in § 33 II für den Fall der Strafbänderung nochmals anerkannte Grundsatz angewendet werden sollte, dürfte eigentlich nicht zweifelhaft sein. Die Motive des Entwurfs 1960 stellen sich im Grunde selbst bloß, wenn sie zu dieser unterschiedlichen Behandlung nur sagen:

„Der in § 33 II enthaltene Grundsatz²⁴ kann (!)²⁵ hier nicht gelten, da (!) er zum Ausschluß der Strafbarkeit für den Teilnehmer führen würde, bei dem die besonderen strafbegründenden Merkmale fehlen.“²⁶

Anscheinend ist die Beachtung dieses Grundsatzes individueller Schuldfeststellung im Falle der Strafbänderung nur deshalb als erträglich angesehen worden, weil sowieso bestraft werden kann! Führt dieser Grundsatz aber zur Straflosigkeit, dann muß plötzlich die Straflosigkeit über Grundsatzlosigkeit zur Strafbarkeit werden.²⁷

¹⁸ Insoweit ließe sich die Strafbarkeit des Extraneus — **logisch** richtig — mit der Schuldteilnahmelehre begründen, vgl. oben § 11; siehe aber sogleich oben im Text.

¹⁹ Vgl. dazu die geradezu hilflosen „Argumente“, mit denen von der Lühe die angeblich von § 50 angeordnete „Kompromißlösung“ zu verteidigen sucht, oben S. 22 f.

²⁰ Vgl. dazu oben S. 81, 82 und 86, 87.

²¹ Motive S. 144 (zu § 34).

²² Die schon oft gerügte Überbewertung des rein konstruktiven Unterschieds „Begründung“ und „Veränderung“ der Strafbarkeit hat also anscheinend auch hier wieder dazu geführt, daß man sich darum, welche sachlichen Funktionen diese Merkmale haben (ob sie Tatbestand, Rechtswidrigkeit oder Schuld beeinflussen), keine Gedanken machte. (Auch wenn der Entwurf von sich selbst behauptet, er bringe „einige Klarstellungen“ zu dem Problem der strafbegründenden Merkmale; vgl. E. S. 140).

²³ Daß für diejenigen, die die Rechtswidrigkeit begründen, nichts anderes gelten kann, ist oben ausführlich nachgewiesen; vgl. S. 82, 83.

²⁴ Sperrung von Verfasser.

²⁵ Hervorhebung und Ausrufezeichen vom Verfasser.

²⁶ Motive S. 144.

²⁷ Vgl. gerade dazu (oben S. 47) die scharfen Worte Kohlers!

Die Fehler, die der herrschenden Meinung nachgewiesen wurden, tauchen also „konsequenterweise“ auch bei dem auf ihr aufbauenden Entwurf 1960 auf. Das geht sogar bis zu der schon von Kohler scharf verurteilten Gleichsetzung völlig verschiedener Deliktsgruppen um einer rein äußerlichen Ähnlichkeit willen²⁸; die schon beim Preußischen Obertribunal verurteilte²⁹ Gleichsetzung der Amtsdelikte mit Blutschande und Ehebruch taucht nämlich auch in den Motiven auf: Aus § 33 I, der die Übertragbarkeit strafbegründender persönlicher Merkmale anordnet, ergibt sich nämlich nach Ansicht der Motive gleichermaßen die Strafbarkeit der Teilnahme eines Laien am echten Amtsdelikt wie die eines „Außenstehenden“ an Blutschande und Doppelheh³⁰. Daß es sich bei diesen beiden Delikten lediglich um die Erreichbarkeit des **Tatobjekts** handelt, daß die Verursachung dieser Verletzung aber **jedem** verboten ist³¹, wird von den Verfassern des Entwurfs nicht gesehen. Bei den Amtsdelikten dagegen richtet sich die Norm nur an die Intranei, also nur an die Beamten, und deshalb ist hier die Verursachung den Laien nicht verboten³².

Auch dieser Fehler beruht, genau wie die verfehlte Behandlung **schuld**begründender Umstände, darauf, daß man nicht analysiert hat, was alles unter diesen sehr pauschalen Begriff eines „die Strafbarkeit begründenden Umstands“ fallen kann. Hätte man klar gesehen, daß persönliche Umstände teils auf die Schuld, teils auf die Rechtswidrigkeit, teils aber **nur** auf die Tatbestandsmäßigkeit Einfluß haben, und daß eine „Übertragung“ nur bezüglich der **reinen** Tatbestandsmerkmale zulässig ist³³, bei Schuld- und Rechtswidrigkeitsmerkmalen sich aber von selbst verbietet, dann könnte eine derart verfehlte Gleichsetzung nicht mehr unterlaufen. Da es sich demnach bei Delikten wie Blutschande, Ehebruch usw. von selbst versteht, daß das in der Person des **eigenhändig** Beteiligten **notwendig** vorliegende „persönliche Merkmal“ (der Verwandtschaft zum Beispiel) auch den anderen Tatbeteiligten „zugerechnet“ wird — es ist dies die normale Wirkung der Kausalität³⁴ —, und daß die damit festgestellte Tatbestandsmäßigkeit des Verhaltens dieser „Außenstehenden“ von einer an **alle** Rechtsunterworfenen adressierten Norm erfaßt wird, kann dem § 33 I auch nicht etwa im Hinblick auf **diese** Delikte Existenzberechtigung zuerkannt werden. Soweit sich seine Wirksamkeit aber nach dem erklärten Willen der Motive auf die Anrechnung solcher persönlicher Merkmale, die die Schuld oder die Rechtswidrigkeit begründen, richtet, steht er sowohl mit anderen Bestimmungen des Entwurfs selbst, wie mit allgemeinen systematischen Überlegungen und nicht zuletzt auch mit dem aus Art. 3 GG abzuleitenden Grundsatz der Gleichbehandlung gleicher, der Ungleichbehandlung ungleicher Sachverhalte in Widerspruch.

„Besondere persönliche Merkmale“ dürfen also — entgegen der herrschenden Meinung — weder *de lege lata*, noch — entgegen dem Entwurf — *de lege ferenda* als übertragbar angesehen werden. Ein solches Merkmal, also ein Umstand, auf dem die Rechtswidrigkeit oder die Schuld eines bestimmten Tatbeteiligten beruht, ist für die anderen Beteiligten **immer** unbeachtlich; dabei ist gleichgültig, ob dieses Merkmal eine Veränderung von Rechtswidrigkeit und Schuld, und damit eine Veränderung des Strafrahmens bewirkt, oder ob es Rechtswidrigkeit und Schuld und damit die Strafbarkeit überhaupt erst **begründet**.

²⁸ Vgl. oben S. 49 ff

²⁹ Vgl. oben S. 15 bis 17.

³⁰ Motive S. 144; mittelbare Täterschaft an diesen zuletzt genannten Delikten sei dagegen ausgeschlossen, „weil sie hingegen nicht denkbar ist“; daß der Entwurf damit den in § 29 zunächst anerkannten extensiven Täterbegriff wieder fallen läßt, wird nicht gesehen. Zur „Eigenhändigkeit“ vgl. insbesondere Frühauf a. a. O.

³¹ Vgl. dazu eingehend oben § 15.

³² Auch dazu eingehend oben § 16.

³³ Vgl. dazu eingehend oben S. 83 bis 85.

³⁴ Vgl. oben S. 83 ff

Literaturverzeichnis

— zugleich Angabe der Zitierweise —

Allfeld	Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 8. Aufl. 1922
Bähr	Restriktiver und extensiver Täterbegriff, in Strafrechtliche Abhandlungen H. 331 (1933)
v. Bar	Gesetz und Schuld im Strafrecht, Bd. II, 1907
Baumann	Strafrecht, Allgem. Teil, 2. Aufl. 1961
Beling, Lehre	Die Lehre vom Verbrechen, 1906
Beling, Grundzüge	Grundzüge des Strafrechts, 11. Aufl. 1930
Berner	Kritik des Entwurfs eines Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund, Leipzig 1869
Binding, Amtsverbrechen	Das Amtsverbrechen und seine legislatorische Behandlung, in GS Bd. 64 S. 1—12 (1904)
Binding, Entwurf	Der Entwurf eines Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund in seinen Grundsätzen, Leipzig 1869
Binding, Form	Die Form des verbrecherischen Subjekts, GS 78 S. 1 ff (1911)
Binding, Handbuch	Handbuch des Strafrechts, 1885
Binding, Verantwortlichkeit	Die drei Subjekte strafrechtlicher Verantwortlichkeit..., in GS 78, S. 1 ff (1908)
Birkmeyer, Teilnahme	Die Lehre von der Teilnahme und die Rechtsprechung des deutschen Reichsgerichts, 1890
Birkmeyer, V D A	Teilnahme an Verbrechen; in V D A II (1908)
Bockelmann	Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme, Göttingen 1949
Class, Grenzen	Grenzen des Tatbestands, in Strafrechtliche Abhandlungen Heft 323 (1933)
Class, Verhältnis	Zum Verhältnis des § 211 zu § 50 StGB, in NJW 1949 S. 83 ff
Conrad	Die akzessorische Teilnahme und sog. mittelbare Täterschaft; in Strafrechtliche Abhandlungen Heft 374 (1937)
Dalcke-Fuhrmann-Schäfer	Strafrecht und Strafverfahren, 37. Aufl. 1961
Dietz	Täterschaft und Teilnahme; in Materialien zur Strafrechtsreform 2. Bd. Bonn 1954
Engisch, Gesetzesanwendung	Logische Studien zur Gesetzesanwendung 2. (unveränderte) Auflage 1960 (die 1. Aufl. erschien 1943)
Engisch, Rechtslücke	Der Begriff der Rechtslücke, in Festschrift für Wilhelm Sauer, 1949 S. 85—102
Enneccerus-Nipperdey	Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 1. Halbband, 14. Aufl. 1952
Entwurf Bremen 1861	Entwurf eines Strafgesetzbuches der freien Hansestadt Bremen (mit Motiven); Bremen 1861 (Verlag C. Schünemann)

Entwurf Bremen 1868	Entwurf eines Strafgesetzbuches der freien Hansestadt Bremen (ohne Motive); Bremen 1868 (Verlag C. Schünemann)
Entwurf Juli 1869	Entwurf eines Strafgesetzbuches für den norddeutschen Bund, Berlin, im Juli 1869
Entwurf Dezember 1869	Entwurf eines Strafgesetzbuches für den norddeutschen Bund, Berlin, 31. Dezember 1869
Entwurf 1960	Entwurf eines Strafgesetzbuches, mit Begründung (Bundesrats-Drucksache 270/1960)
Figge	Anmerkung zu dem Urteil des OLG Braunschweig v. 1. 11. 1947, in MDR 1948 S. 18—186
Finger	Lehrbuch des Deutschen Strafrechts 1. Bd. 1904
Frank	Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl. 1931
Frühauf	Eigenhändige Delikte, Diss. Frankfurt 1959
Germann	Das Verbrechen im neuen Strafrecht, Zürich 1942
Goldammer, GA	Über Miturheberschaft und generelle und spezielle Teilnahme; in GA Bd. 8 S. 721—757 (1860)
Goldammer, Materialien	Die Materialien zum Strafgesetzbuch für die Preußischen Staaten, ... in einem Kommentar erläutert, erschienen Teil I 1851 und Teil II 1852 in Berlin
Grewe	Die pol. Treuepflicht der Angehörigen des öffentlichen Dienstes (veröffentl. im sog. „Heidelberger Gutachten“, herausgegeben vom Deutschen Bund für Bürgerrechte, Frankfurt 1951 S. 35—64)
v. Groß	Bemerkungen zu dem Entwurf eines Strafgesetzbuches für den nordd. Bund, in Allg. DStrRZ 1869 Sp. 465 ff
Hafer	Lehrbuch des Schweizer Strafrechts Allg. Teil, 2. Aufl., Bern 1946
Hälschner	Beiträge zur Beurteilung des Entwurfs eines Strafgesetzbuches für den norddeutschen Bund, Bonn 1870
Hamann	Das Grundgesetz, Ein Kommentar, 2. Aufl. 1960
Hardwig	§ 50 StGB und die Bereinigung des Strafgesetzbuches, in GA 1954, S. 65—77
Heinze, Entwurf	Zum revidierten Entwurf eines Strafgesetzbuches für den nordd. Bund, Leipzig 1870
Heinze, Erörterungen	Staatsrechtliche und strafrechtliche Erörterungen zu dem amtl. Entwurf eines Strafgesetzbuches für den norddeutschen Bund, Leipzig 1870
Herzog	Zur Lehre von der Teilnahme nach den §§ 47—50 des deutschen Strafgesetzbuches, in Allg. Deutsche Strafrechtszeitung 1871 S. 259 ff (N.F. Bd. 1)
v. Hippel, Lehrbuch	Lehrbuch des Strafrechts, 1932
v. Hippel, II	Deutsches Strafrecht, II. Band 1930
Ipsen	Gleichheit, in „die Grundrechte“ (herausgegeben von Bettermann, Nipperdey, Scheuner) Bd. II S. 111 ff

Jagusch	Die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs für die Brit. Zone zur vorsätzlichen Tötung; in SJZ 1949 Sp. 324 ff
Jellinek	Rechtsgutachten über die Frage, ob die Beschlüsse der Bundesregierung vom 10. 9. 1950 mit dem Grundgesetz in Einklang stehen, in „Heidelberger Gutachten“ (vgl. oben bei Grewe) S. 9—34
Johannes	Mittelbare Täterschaft bei rechtmäßigem Handeln des Werkzeugs. Ein Scheinproblem, Diss. Ffm 1963
John	Das Strafrecht in Norddeutschland. Beurteilung des Entwurfs eines Strafgesetzbuches für den Nordd. Bund in Form eines revidierten Entwurfs, Göttingen 1870
Kaufmann, Erich	Die Gleichheit vor dem Gesetz, in Gesammelte Schriften Bd. III, S. 246—265; Göttingen 1960 (zuerst erschienen in den Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer Heft 3, 1927)
Klass	Das Zusammentreffen von qualifizierten und privilegierten Delikten, Diss. Ffm. 1960
Klug	Juristische Logik, 2. Aufl. 1958
Kohler, persönl. Beziehungen	Deliktsteilnehmer und persönliche Beziehungen, in GA Band 51, S. 169—175 (1904)
Kohler, Studien	Studien aus dem Strafrecht Bd. I, Mannheim 1890
Kohlrausch, Täterschuld	Täterschuld und Teilnehmerschuld, in Festschrift für Erwin Bumke zum 65. Geburtstag 1939 (S. 39—51)
Kohlrausch-Lange	Strafgesetzbuch, mit Erläuterungen, 43. Aufl. 1961
Köstlin, Revision	Neue Revision der Grundbegriffe des Kriminalrechts 1845
Köstlin, System	System des deutschen Strafrechts, Allg. Teil 1855
v. Kräwel	Bemerkungen zu dem Entwurf eines Strafgesetzbuches für den nordd. Bund, in ADStRZeit. 1969
Krug	Die besonderen Umstände der Teilnehmer, in Strafrechtliche Abhandlungen Heft 24 (1899)
Krüger	Die Grundrechte im Beamtenverhältnis, BBZ 1950, S. 237 ff
Lange, notwendige Teilnahme	Die notwendige Teilnahme, Berlin 1940
Lange, Schuld	Die Schuld des Teilnehmers, insbes. bei Tötung und Wirtschaftsverbrechen, in JR 1949 S. 165—172
Leibholz	Die Gleichheit vor dem Gesetz, 1925
Less	Der Unrechtscharakter der Anstiftung; in ZStW 69, S. 43—58 (1957)
v. Liszt-Schmidt	Lehrbuch des Deutschen Strafrechts 1. Bd., 26. Aufl. 1932
L K	Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, begründet von Ebermayer, Lobe, Rosenberg, herausgegeben von Jagusch, Mezger, Schäfer, Werner, 8. Aufl. Berlin, Bd. 1 1957, Bd. 2 1958
v. der Lühle	Probleme um § 50 StGB, Diss. Hamburg 1940

v. Mangoldt-Klein	Das Bonner Grundgesetz, 2. Aufl. 1957
Maunz-Dürig	Loseblatt-Kommentar zum Grundgesetz, nach dem Stande vom 1. 5. 1961
Maurach, DStR	Beihilfe zum Meineid durch Unterlassung; in Deutsches Strafrecht 1944 S. 1—20
Maurach, Grundriß	Grundriß des Strafrechts, Allgem. Teil 1948
Maurach, Lehrbuch	Deutsches Strafrecht, Lehrbuch 2. Aufl. 1958
Maurach, Schuld	Schuld und Verantwortung im Strafrecht, Hannover 1948
Maurach, SJZ	Zur neueren Judikatur über Meineidsbeihilfe durch Unterlassen, in Süddeutsche Juristenzeitung 1949, Sp. 541—546
Mayer, Hellmuth	Strafrecht, Allgemeiner Teil 1953
Mayer, Max Ernst	Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts, 2. (unveränderte) Aufl. 1923
Meyer, Hans-Hermann	Die Zurechnung der besonderen Tatumstände nach § 50, Diss. Würzburg 1940
Meyer, Hugo	Das Norddeutsche Strafrecht. Eine Beurteilung des Entwurfs eines Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund, Halle 1869
Mezger, Grundriß	Deutsches Strafrecht, ein Grundriß, 3. Aufl. 1943
Mezger, Lehrbuch	Strafrecht, ein Lehrbuch, 3. (unveränderte) Aufl. 1949
Mezger, Studienbuch A.T.	Strafrecht, ein Studienbuch, Allgemeiner Teil 9. Aufl. 1960
Nagler	Die Teilnahme am Sonderverbrechen, Leipzig 1903
Niethammer	Sinn und Wirkung des § 50 StGB, in DRZ (Deutsche Rechtszeitschrift) 1946, S. 167—170
Oehler	Das objektive Zweckmoment in der rechtswidrigen Handlung, Berlin 1959
Oehler, Rechtsnormen	Der materielle Gehalt der strafrechtlichen Rechts- und Pflichtenormen, in Festschrift für Wilhelm Sauer, 1949 S. 262 ff
Oetker	Besprechung von Naglers „Die Teilnahme am Sonderverbrechen“, in GS Bd. 68 (1906) S. 299—308
Olshausen, 1927	Kommentar zum Strafgesetzbuch; 11. Aufl. 1927
Olshausen, 1942	Kommentar zum Strafgesetzbuch; 12. Aufl. 1942 (bis § 246)
Ortmann	Aphoristische Bemerkungen zur Lehre von der Teilnahme. Im Archiv für Gemeines Deutsches und Preußisches Strafrecht, Bd. 22, S. 390 ff (1874)
Piotet	Systematik der Verbrechenselemente und Teilnahmelehre, in ZStW 69, S. 14—42 (1957)
Redslob	Die persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse, in Strafrechtliche Abhandlungen Heft 97 (1909)
RGRspr	Rechtsprechung des Deutschen Reichsgerichts in Strafsachen, herausgegeben von den Mitgliedern der Reichsanwaltschaft

RGSt	Entscheidungen des RG in Strafsachen, herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofes und der Reichsanwaltschaft
Rubo	Kommentar für das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, Berlin 1879
Rüdorff	Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, mit Kommentar, 2. Aufl. Berlin 1877
Sax	Grundsätze der Strafrechtspflege; in „Die Grundrechte“, (herausgegeben von Bettermann, Nipperdey, Scheuner) Bd. III, 2. Halbband: Rechtspflege und Grundrechtsschutz S. 909 ff
Sauer	Allgemeine Strafrechtslehre, 3. Aufl. (der „Grundlagen des Strafrechts“) 1955
Schaffstein	Rechtswidrigkeit und Schuld im Aufbau des neuen Strafrechtssystems, in ZStW 57, S. 295 ff (1938)
Scheuner	Politische Betätigung von Beamten... in „Heidelberger Gutachten“, (vgl. oben bei Grewe) S. 65—92
Schönke-Schröder	Strafgesetzbuch, Kommentar, 10. Aufl. 1961
Schütze, Gegenentwurf	Zum dritten Abschnitt: „von der Teilnahme an einem Verbrechen“ im Entwurf eines Strafgesetzbuches für den norddeutschen Bund. Kritische Beleuchtung und Gegenentwurf in ADStrZ 1869 Sp. 521 ff
Schütze, Lehrbuch	Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 2. Aufl. 1874
Schütze, Literatur	Zur Literatur über die Teilnahme am Verbrechen in ADStrZ 1869 Sp. 210 ff
Schütze, Teilnahme	Die notwendige Teilnahme am Verbrechen, 1869
Schwarz-Dreher	Strafgesetzbuch, 24. Aufl. 1962
Schwarze, Kommentar	Commentar zum StGB für das Deutsche Reich, 3. Aufl., Berlin 1873
Schwarze, Superrevision	Superrevision der über den ersten Entwurf des Norddeutschen Strafgesetzbuches erschienenen Kritiken, in Allgemeine Deutsche Strafrechts-Zeitung 1870 Sp. 121 ff, 297 ff
Spendel	Der sogenannte Umkehrschluß aus § 59 StGB nach der subjektiven Versuchstheorie; in ZStW Bd. 69, S. 441 ff (1957)
Stenglein	Sammlung der deutschen Strafgesetzbücher, München 1858, Bd. I
Theis	Das Merkmal der Böswilligkeit und die persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse, in SJZ 1946, S. 213—215
Verhandlungen d. 9. Juristentages	Verhandlungen des Neunten deutschen Juristentages I. Bd., (Gutachten über den Entwurf eines Strafgesetzbuches für den norddeutschen Bund) 1869
Wächter	Beitrag zur Geschichte und Kritik der Entwürfe eines Strafgesetzbuches für den norddeutschen Bund, Leipzig 1870
Wegner	Strafrecht, Allgemeiner Teil 1951
Welzel, Lehrbuch	Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung, 7. Aufl. 1960 (z. T. ist auch die 6. Auflage zitiert; das ist dann jeweils angegeben)
Welzel, Systematik	Zur Systematik der Tötungsdelikte, in JZ 1952, S. 72
Zimmerl	Täterschaft, Teilnahme, Mitwirkung, in ZStW 54, S. 575 ff (1935)

Zeitschriften und Entscheidungssammlungen sind unter den üblichen Abkürzungen angegeben.



Lebenslauf

Am 30. März 1934 wurde ich in Bensheim a. d. B. geboren. 1940 begann meine Volksschulzeit. Nach den Wirren des Kriegsendes besuchte ich vom Herbst 1945 an das Alte Kurfürstliche Gymnasium — altsprachlicher Zweig — in Bensheim. Ab 1949, mit Beginn der Obertertia, war ich Schüler des Aloisiuskollegs in Bad Godesberg. Im Frühjahr 1954 bestand ich an dieser Schule die Reifeprüfung.

Vom Sommersemester 1954 an studierte ich an der Universität Frankfurt/Main die Rechtswissenschaften. Ich besuchte die Seminare der Professoren Böhm, Coing, Samson und Veit. Im April 1959 bestand ich die Erste Rechtswissenschaftliche Staatsprüfung beim Oberlandesgericht Frankfurt/Main mit der Note „voll befriedigend“.

Im August 1959 hat meine Referendarausbildung bei den Behörden des Landes Hessen begonnen. Seit April 1960 war ich gleichzeitig bei der Juristischen Fakultät der Universität Frankfurt/Main als Assistent angestellt. In erster Linie war ich auf strafrechtlichem und strafprozessualen Gebiet unter Leitung der Professoren Class, Preiser und Spendel tätig. Der Mitarbeit in dem von Professor Class abgehaltenen strafrechtlichen Seminar verdanke ich Anregung und entscheidende Gesichtspunkte der vorliegenden Arbeit.

Am 21. Februar 1964 habe ich in Wiesbaden die große juristische Staatsprüfung „voll befriedigend“ bestanden.

